ACTUALIDAD JURIDICA

Año XIV N°27 Enero 2013

FACULTADES DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Aspectos constitucionales del Proyecto de Reforma Procesal Civil

•

Debate sobre los abogados integrantes e independencia del Poder Judicial

•

Hacia una nueva concepción del contrato

Universidad del Desarrollo

SANTIAGO – CONCEPCION

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XIV, N° 27 – Enero 2013

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Índice de contenidos

- **Presentación** 5

Tema central: Aspectos constitucionales del proyecto de reforma procesal civil

- **Reforma Procesal Civil. Errores e inviabilidad.** P. Rodríguez G. 11
- **Observaciones constitucionales al proyecto de nuevo Código Procesal Civil.** J. Alvear T. - I. Covarrubias C. 29
- **La Corte Suprema y la reforma procesal civil.** A. Romero S. 63
- **El derecho francés de la prueba civil: Una carga compartida entre las partes y el juez.** E. Vergès 81
- **Proyecto de Código Procesal Civil. Prolegómeno.** H. Oberg Y. 101
- **Aspectos fundamentales del proyecto de Código Procesal Civil.** J. P. Silva P. 105
- **El principio de facilidad de la prueba en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil para Chile: una propuesta de conciliación.** R. Tavolari O. 137

Ensayos y estudios

- **Hacia una nueva concepción del contrato (Cinco ideas para su renovación).** P. Rodríguez G. 157
- **Revisitando el debate sobre los abogados integrantes y la independencia del Poder Judicial.** S. Verdugo R. - C. Ottone L. 199
- **La protección ambiental en el ámbito constitucional.** J. L. Varela D. 221
- **El aporte del derecho blando a la actividad minera en el siglo XXI: Aspectos sociales y ambientales.** R. F. Campusano D. 259
- **A propósito de Hidroaysén: notas sobre el fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.** F. Leiva S. 279
- **Limitaciones a la facultad de exclusión de prueba del juez de garantía: una reforma necesaria al Código Procesal Penal.** A. Leiva L. 299
- **Nuevo procedimiento para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores.** H. Oberg Y. 317
- **El principio de probidad: análisis ético-político.** J. Williams B. 327
- **Contrato de agencia comercial.** M. F. Juppet E. 357
- **Comentarios sobre la nueva ley concursal sobre reorganizaciones y liquidaciones.** J. E. Puga V. 377

- **El impacto del riesgo derivado de avances científicos y tecnológicos en el derecho de la responsabilidad civil en Francia: evolución y algunas ilustraciones (antenas, conflictos de vecindad, hepatitis, etc.).** R. Munita M. 387
- **Recurso de unificación de jurisprudencia desde el análisis comparado.** C. O. Saldías C. 437

Análisis Jurisprudencial

- **Puerto y Central Castilla: comentarios a la sentencia de la Corte Suprema.** C. Boettiger P. 477
- **De la ejecución de oficio de los actos administrativos desfavorables.** N. Enteiche R. 491
- **El abuso de derechos constitucionales y de la personalidad jurídica en materia laboral.** C. Olavarría R. 503

Actividades de las Facultades

- **Santiago.** T. Siles D. 515
- **Concepción.** S. Arcas A. 537

Presentación Revista de Derecho Público Iberoamericano

- **Presentación.** J. Alvear T. 551

Libros, Resúmenes y Recensiones

- **"Schools for Misrule. Legal Academia and an Overlawyered America"**, de **W. Olson.** S. Verdugo R. 557
- **Bioética Clínica**, de **J. P. Beca y C. Astete (editores).** J. P. Beca y C. Astete .. 561
- **Índice Revista *Ius Publicum* N° 29** 563

Índice de la "Revista Actualidad Jurídica"

- **Índice Revista "Actualidad Jurídica" N^{os} 1 a 26** 567

Presentación

La edición vigésimo séptima de *Actualidad Jurídica* presenta como tema central el análisis del proyecto sobre nuevo Código Procesal Civil, especialmente desde la perspectiva constitucional. Hemos estimado que se trata de una cuestión trascendental para el perfeccionamiento de la judicatura y los servicios que la ciudadanía reclama de ella. Desde luego, no puede homologarse esta reforma a lo ocurrido a propósito de la justicia penal, víctima de un colapso que hizo necesario el establecimiento de un nuevo sistema procesal que implicó la inversión de elevadísimos recursos. Tampoco podría sostenerse que el sistema procesal civil encierra contradicciones tan ostensibles como las exhibidas en la jurisdicción criminal (recuérdese que correspondía al juez conducir la investigación del ilícito y dictar sentencia, asumiendo el doble rol de ejercer la acción penal pública y fallar a su respecto). Finalmente, uno de los factores determinantes para justificar la actual reforma incide, primordialmente, en aspectos de carácter administrativo, cuya solución aliviaría el grave retardo en la tramitación de los juicios civiles. Por lo tanto, no cabe enfocar de la misma manera y con idéntica finalidad ambas reformas, ni mucho menos asimilarlas desde una perspectiva normativa.

Lo señalado no impide celebrar la preocupación pública por una modernización de esta naturaleza que, sin duda, tiene como fin mejorar el ejercicio de la jurisdicción, tanto más si se puede anticipar que en los próximos años aumentará la demanda por servicios judiciales en sede civil, fruto del crecimiento económico y la iniciativa privada. Por lo mismo, nos parece justo y oportuno el debate que se ha suscitado, y explicitar el temor que muchos de nosotros abrigamos sobre el éxito y buen funcionamiento del proyecto propuesto. Conspira, asimismo, contra los objetivos planteados la parsimonia de la actividad legislativa, que mantiene pendiente durante largos años reformas que podrían mejorar estas funciones, y que ante cualquier problema de carácter coyuntural propone modificaciones casi siempre inútiles y sin otra finalidad que la consecución de ventajas políticas.

Para debatir sobre los aspectos constitucionales del proyecto propuesto hemos invitado a diversos académicos, cuya colaboración resulta indispensable a la hora de valorizar el contenido del proyecto y las innovaciones más relevantes. Nuestros lectores encontrarán en estos artículos un rico material para formarse un concepto preciso sobre el alcance y sentido de los temas más conflictivos de la reforma.

No puede ignorarse que el constitucionalismo contemporáneo ha ido permeando las diversas ramas del derecho, particularmente en lo que concierne a

la supremacía de los derechos fundamentales. De aquí que una iniciativa legal de esta naturaleza deba considerarse bajo este prisma, puesto que el mandato constitucional gravita en todo el ordenamiento jurídico y su esfera de influencia cobra cada día mayor profundidad.

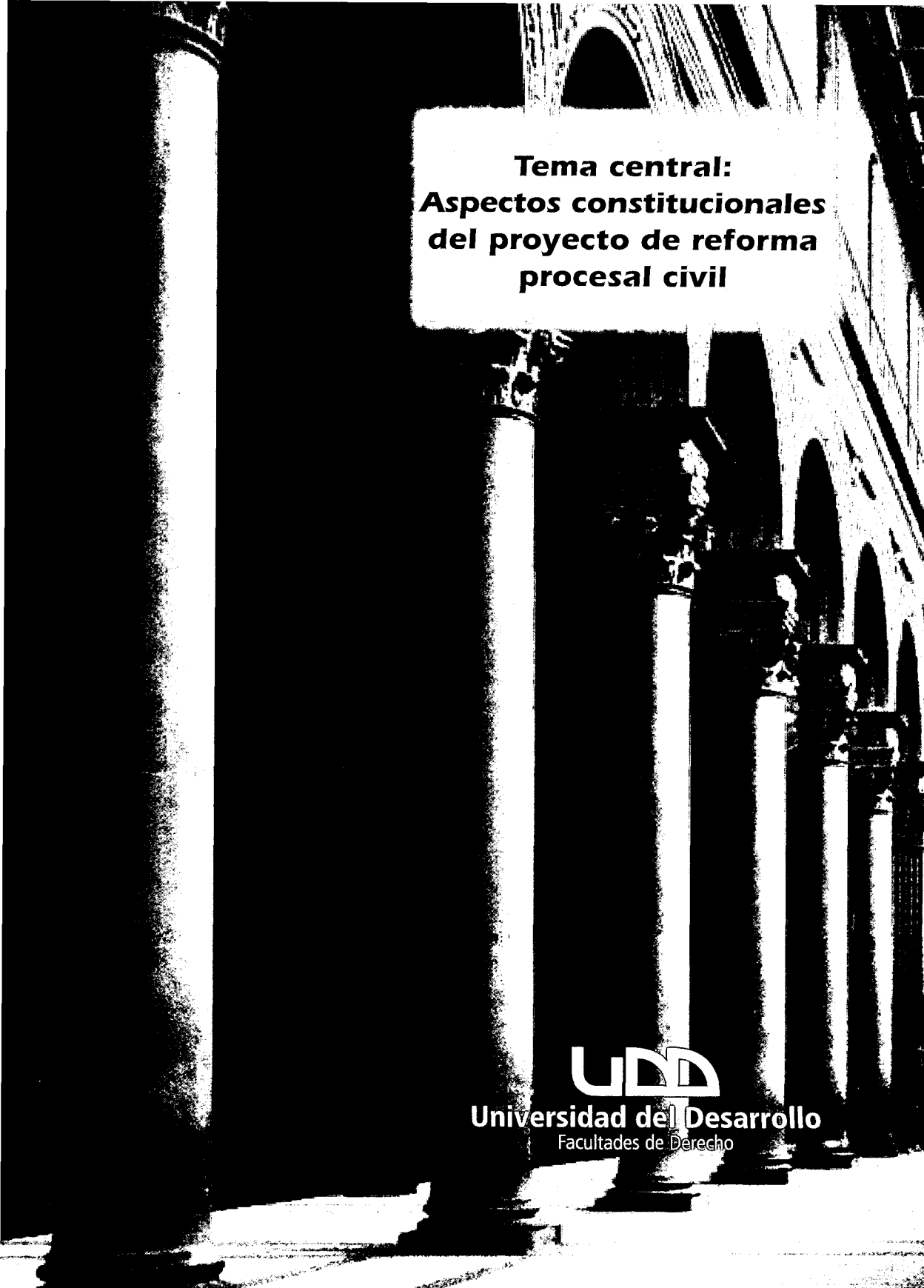
Los trabajos sobre la reforma procesal civil no se limitan a lo puramente constitucional. Ellos comprenden otras aristas de sustancial importancia para la modernización de la potestad judicial. Nos preocupa, especialmente, el debilitamiento de la jurisdicción ordinaria, la cual experimenta una suerte de anemia institucional como consecuencia de la creación constante de tribunales especiales que van conformando un enjambre de reducidas judicaturas particulares (ambientales, tributarias, de libre competencia, etcétera). El establecimiento de un nuevo Código Procesal Civil, si prospera esta iniciativa, podría ser una buena oportunidad para fortalecer la justicia ordinaria y no seguir desmembrando las potestades que corresponden al Poder Judicial.

De la misma manera que advertimos la conveniencia de debatir sobre la estructura y características un nuevo Código Procesal Civil, no se nos escapa la necesidad de considerar factores de carácter práctico que muchas veces, obnubilados por especulaciones jurídicas, dejamos de lado, condenando cualquier reforma anticipadamente al fracaso. Es por ello que alentamos el surgimiento de proyectos alternativos que permitan alcanzar logros positivos sin incurrir en elevadísimos costos que difícilmente el país podrá asumir en un futuro cercano. Aquí se sitúa la necesidad urgente de descongestionar los tribunales civiles, mediante la creación de organismos encargados de conocer los llamados "juicios ejecutivos", que concentran más del 85% de la actividad de los tribunales, no obstante tratarse en su mayoría de trámites meramente administrativos; de controlar la idoneidad de los abogados que se dedican a la función forense; de facultar a la Corte Suprema para abocarse sólo a aquellas materias de especial relevancia jurídica *(certiorari);* de la creación de nuevos tribunales (apenas existen en Chile 224 juzgados civiles, algunos de los cuales ejercen jurisdicción en materia laboral, de familia, incluso, penal); de incorporar progresivamente los adelantos tecnológicos a las tareas judiciales con los debidos resguardos y seguridades; etcétera. Creemos, por lo mismo, que el debate no debe circunscribirse a los méritos o deméritos de un proyecto, sino que abrirse a otras opciones, tanto más si ellas recogen aspectos prácticos.

Numerosos otros trabajos contiene esta edición, tales como la revisión del debate sobre los abogados integrantes, cuestión pendiente desde hace varios años en el Congreso Nacional; la protección ambiental en el ámbito constitucional, controversia constantemente presente en la discusión pública; las limitaciones a la facultad de exclusión de prueba del juez de garantía; el análisis ético-político del principio de probidad; cinco ideas sobre una nueva concepción del contrato; etcétera.

Estamos conscientes de que en los próximos meses prevalecerán en la opinión pública planteamientos de carácter político electoral, lo cual resulta natural atendida la trascendencia de las decisiones ciudadanas. Sin embargo, ello no debe apagar ni relegar el pensamiento jurídico a un segundo plano, ni mucho menos subordinarlo a contiendas político-electorales, casi siempre ajenas a la ciencia del derecho. *Actualidad Jurídica* seguirá fiel a sus fines, reiterando que nuestras páginas están abiertas a profesores y juristas que compartan esta posición con la más absoluta libertad de juicio.

EL DIRECTOR



Tema central: Aspectos constitucionales del proyecto de reforma procesal civil

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Reforma Procesal Civil Errores e inviabilidad

Pablo Rodríguez Grez
Decano
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: Este artículo trata sobre el proyecto de nuevo Código Procesal Civil. Comienza analizándose la llamada obsolescencia del actual Código de Procedimiento Civil, y denunciándose, a continuación, los principales errores de que adolece el proyecto. Se examina la tentativa de transferir al Código Procesal Civil los principios que inspiran el Código Procesal Penal, especialmente la inmediación y la oralidad, en circunstancias que existen diferencias sustanciales entre los juicios regidos por uno y otro cuerpo legal. Sigue a estas críticas el examen de las principales objeciones que plantea el proyecto, vale decir, la iniciativa probatoria que se asigna al tribunal, la ejecución provisional de las sentencias de condena y el recurso extraordinario que sustituiría el actual recurso de casación, desvirtuando el rol que cabe a la Corte Suprema en el sistema procesal civil. Con el fin de descongestionar el recargo de trabajo que pesa sobre los tribunales, se propone, enseguida, la eliminación de las funciones administrativas impuestas a los tribunales civiles en desmedro de sus tareas jurisdiccionales, poniendo acento en la inviabilidad del proyecto en el orden práctico. Finalmente, se enuncian diez reformas específicas susceptibles de incorporarse al Código vigente, todas las cuales permitirían un mejoramiento efectivo de la justicia civil.

***

I. Sobre la obsolescencia del Código de Procedimiento Civil de 1903

El proyecto de reforma procesal civil presentado al Congreso Nacional para su estudio y aprobación ha suscitado, justificadamente, una serie de aprensiones atendida la magnitud de la reforma que se persigue. Desde luego, no se trata de un proyecto original, sino más bien la reproducción de un modelo tipo que tuvo origen en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. No obstante reconocer que es valioso que se uniforme la legislación en los diversos países de este continente, creemos que la proposición legislativa adolece de errores manifiestos y, lo que resulta más grave, atendido el costo de su implementación,

resulta inviable. Toda reforma legal requiere, como condición previa y preponderante, un arraigado respaldo ciudadano. En caso contrario, lo más probable será que ella, como ha sucedido tantas veces, termine siendo ineficaz (no se cumple o se buscan los medios para eludirla simulando acatamiento), lo cual importa un descrédito para el derecho. Así ocurrió con la reforma introducida al artículo 262 del Código de Procedimiento Civil por la Ley N° 19.334 de 1994. Esta norma ordena, en aquellos casos en que sea legalmente admisible la transacción, una vez agotados los trámites de discusión y siempre que no se trate de los casos mencionados en el artículo 313, ***"llamar a las partes a conciliación"***, agregando que el juez debe proponerles (a las partes) ***"personalmente bases de arreglo"***. Esta disposición no se cumple, salvo casos muy contados, porque los jueces, lisa y llanamente, no tienen la disponibilidad de tiempo que requiere un estudio acabado de los antecedentes que le permitan formular una proposición razonable.

Desde esta perspectiva, la tarea del legislador no es fácil. Los chilenos tradicionalmente tendemos a creer que los problemas se resuelven dictando leyes. Ante cualquier hecho aparece, casi automáticamente, un proyecto legislativo, sea para poner fin a la violencia en los estadios, a la discriminación, a los abusos e irregularidades en la Administración, a la displicencia con que los médicos atienden a sus pacientes, etcétera. Pero aquella normativa choca contra una realidad porfiada que prevalece contra la voluntad legislativa, porque la base social llamada a cumplirla exige una sintonía mínima con la regulación legislativa. Para cambiar los hábitos y costumbres es más fuerte la educación que la legislación. Cosa que nos ha costado comprender y que algunos teóricos se empeñan en ignorar.

El Código de Procedimiento Civil comenzó a regir el 1 de marzo de 1903, vale decir, hacer 110 años. Lo señalado se presta para toda suerte de comentarios adversos, porque, a pesar de sus reformas, se lo califica de vetusto y anticuado. Sin embargo, creemos nosotros que un texto de esta naturaleza va dejando huella y adaptándose al quehacer ciudadano (internalizándose en la ciudadanía), no respecto de las normas aisladamente consideradas, sino de los principios que lo inspiran.

Desde este punto de vista, podrían destacarse tres aspectos esenciales que los especialistas se niegan a advertir. En primer lugar, el proceso civil se va construyendo por las partes con una mínima participación del juez (el impulso procesal recae en los litigantes). En segundo lugar, la intervención activa (inmediación) del juez está programada en la fase probatoria (debe intervenir directamente en la prueba testimonial, absolución de posiciones e inspección personal del tribunal). En tercer lugar, agotado el procedimiento regular, puede el juez, luego de examinados los autos, decretar pruebas adicionales destinadas a aclarar los hechos (ordenar la agregación de documentos, la confesión judicial de cual-

quiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados, inspección personal del objeto de la controversia, informe de peritos, concurrencia de testigos que hayan declarado en el juicio para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios, presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito). Hasta aquí llega, felizmente, la iniciativa probatoria del tribunal. A lo anterior debe agregarse la presencia del juez en la audiencia de conciliación (que tampoco se desarrolla en la forma programada en la ley, según quedó dicho).

No se diga entonces que el juez es un órgano pasivo, ajeno a las pruebas que se rinden en el proceso. Lo que el Código de Procedimiento Civil programa es su participación **directa en la fase probatoria.** Si lo anterior no ocurre, ello se debe a que es imposible asumir estas funciones por razones de recargo de trabajo. Por lo tanto, se reflexiona sobre supuestos falsos al presentar al juez, que diseñó y concibe el actual Código de Procedimiento Civil, como un ente pasivo, sin intervención ninguna en el desarrollo del proceso. Insistimos que lo que sucede es que las **normas vigentes no se cumplen.** Lo mismo ocurrirá con cualquier otro modelo teórico en ausencia de medios y recursos que hagan factible su adecuada implementación.

Como puede apreciarse, lo importante, y en cierta medida original, es la facultad de los litigantes para ir formando el proceso, sin perjuicio de la intervención del tribunal en los casos y con las limitaciones mencionadas. De esta circunstancia se sigue una economía significativa para el erario nacional, porque, sin que ello implique negar que los jueces no cumplen lo ordenado en la ley en lo que se refiere a su presencia en las actuaciones citadas (no intervienen directamente en la producción de los medios de prueba, no participan activamente en la audiencia de conciliación, no decretan frecuentemente medidas para mejor resolver), están obligados a enterarse posteriormente, a la hora de dictar sentencia, de las pruebas rendidas para establecer los hechos y resolver con arreglo a derecho. Toda la efervescencia y entusiasmo que provoca la inmediación –calificada por procesalistas insignes como un "mito" en América Latina– se vería mitigada, si los jueces acataran lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

II. La tentación de transferir los principios que inspiran el Código Procesal Penal a un nuevo Código Procesal Civil

No cabe duda que existe una tendencia marcada por transferir al procedimiento civil los principios que inspiran el proceso penal. No se repara, a este respecto, que entre uno y otro hay diferencias insuperables. En el proceso penal, los hechos son preponderantes; en tanto en el proceso civil lo que predomina es la aplicación del derecho. Por lo general, los hechos no son materia medular en la controversia civil, sino más bien la calificación jurídica de los mismos.

Por lo tanto, el proceso penal gira en función de los medios de prueba, de la investigación que realiza el fiscal (funcionario público), y de la reconstrucción del escenario en que se habría perpetrado el hecho punible. En este marco, resulta fácil evaluar la importancia del principio de *inmediación*. La presencia del tribunal y su directa participación en la producción de la prueba cobra una importancia determinante para su posterior evaluación.

Sin que ello pueda presentarse como una regla absoluta, el proceso civil supone la existencia de una controversia jurídica que versa sobre las normas aplicables, la interpretación y alcance de las mismas, y la solución que contempla el ordenamiento jurídico a su respecto. Tan evidente es lo que señalamos que, acertadamente, nuestro Código Civil dispuso que un cierto tipo de actos y contratos debían constar por escrito (artículo 1709). Se trata de todos aquellos que contienen *"la entrega o promesa de entrega de una cosa que valga más de dos unidades tributarias"*. La sanción para el caso de que no se cumpla esta exigencia consiste en la privación de la prueba de testigos (artículo 1708). Lo indicado revela hasta qué grado uno de los medios de prueba "vivos" (que justifican el principio de *inmediación*) en materia civil carece de la notable importancia de que goza en materia penal.

Más aún, hasta cierto punto, la *inmediación,* llevada a extremos, puede comprometer la imparcialidad del juez civil al anticiparse al conocimiento de la prueba e inclinarse por causas naturales en uno u otro sentido (lo cual ocurrirá indefectiblemente si es el juez el que distribuye la prueba de acuerdo al artículo 294 del proyecto que comentamos). Lo que indicamos no es infrecuente. Hay una tendencia a abanderizarse con una de las partes al participar en la producción de ciertas pruebas (particularmente al intervenir abiertamente en la prueba testimonial y la confesión). La lectura de un acta, incluso el examen de una grabación electrónica, pueden suplir con ventaja la presencia del juez en la diligencia.

Desde este punto de vista y aun admitiendo que es posible imponer la *inmediación* en la sustanciación de los juicios civiles, ello resultará, a la larga, negativo para la consecución de los objetivos que se proponen.

Otro tanto podemos decir de la oralidad. El proyecto sólo la contempla al abrirse la fase probatoria, más concretamente al celebrarse la audiencia preparatoria (artículos 278 y siguientes del proyecto). En verdad, salvo la exigencia perentoria de hallarse el juez presente en las pruebas que se produzcan e intervenir directamente en ellas (lo cual no ocurre en la actualidad no obstante disponerlo en algunos casos la ley), no ofrece esta característica mayor trascendencia, sin perjuicio de lo manifestado en lo precedente respecto del juicio que inconscientemente se va formando el juzgador de manera anticipada. La superficialidad de algunos comentaristas los ha llevado a destacar, per se, las ventajas que

se advierten por el solo hecho de intervenir el juez en la respectiva diligencia. Esta cuestión merece algo más que un comentario doméstico. Es útil examinar cómo y de qué modo se involucra el sentenciador al participar activamente en una diligencia de prueba y si puede ello inducirlo a comprometerse con una de las partes. Por cierto, la oralidad se mantiene en los recursos ante los tribunales superiores, pero sería bueno dar a este trámite mayor flexibilidad, haciendo intervenir más activamente a los magistrados en el desarrollo de las respectivas audiencias, a fin de aclarar dudas, precisar los hechos acreditados, explicar con mayor rigor las interpretaciones planteadas y los argumentos justificatorios de cada defensa.

Finalmente, el proyecto que comentamos dispone que la **iniciativa** en el proceso (iniciación del proceso e introducción de las pretensiones y excepciones) incumbe a las partes (artículo 2°); en tanto la **dirección e impulso procesal** corresponde al tribunal (artículo 3°). Se reemplaza, de este modo, el principio de pasividad que ha caracterizado al juez civil, por un rol activo del juzgador. Creemos que ello también contraviene la disponibilidad que las partes tienen del proceso y que permite que éste se vaya ajustando a sus requerimientos. Es indispensable (y el proyecto se hace cargo de esta necesidad) impedir que una de las partes, contraviniendo los intereses de la otra, pueda obstruir o entorpecer el curso del proceso intencionalmente. Pero ello no implica, de manera alguna, que no puedan los interesados (demandante y demandado) adecuar el curso del juicio a su arbitrio. Lo que señalamos queda excluido al imponer al tribunal la dirección e impulso procesal.

En síntesis y en términos muy generales –atendido el alcance de estas reflexiones–, rechazamos con énfasis la intención de transferir al proceso civil algunos de los principios que inspiran el proceso penal, atendidas las diferencias que acusan uno y otro. De la misma manera, creemos que debe examinarse más a fondo e investigarse el alcance que la introducción de estos principios (inmediación, oralidad e impulso procesal) puede tener en la calidad de las decisiones jurisdiccionales. Como ya es frecuente entre nosotros, nos dejamos llevar con facilidad por experiencias foráneas y tendencias internacionales, sin reparar en que cada pueblo tiene su propia idiosincrasia y que muchas de nuestras instituciones han nacido al alero de esta realidad. El proyecto que comentamos no escapa a esta crítica, que se repite en la mayor parte de las ramas de nuestro derecho.

III. Las principales objeciones.

Vamos a recopilar, enseguida, las principales objeciones que se han planteado en el marco propiamente procesal y que comparten un alto porcentaje de abogados y estudiosos del derecho. Como parece obvio, estas observaciones

no implican una aceptación expresa o tácita de las disposiciones que no son objeto de comentario, ya que hemos querido poner acento en aquello que resulta más criticable.

1. Iniciativa probatoria del tribunal.

Desde hace más de un siglo se ha consagrado sobre la carga de la prueba el principio enunciado en el artículo 1698 del Código Civil, que expresa: *"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta"*. En otros términos el peso de la prueba recae en el que alega la existencia de una obligación (la prueba recaerá en la fuente de la cual emana, tal como un contrato, un cuasicontrato, un ilícito civil, la disposición de la ley), y en quien opone a ella una causal de extinción (pago, remisión, novación, compensación, nulidad, etcétera). Esta disposición parece avenirse al orden natural de las cosas, ya que el que reclama un derecho deberá acreditar que efectivamente le corresponde, y quien alega haberse extinguido, acreditar, por su parte, que ha operado uno de los modos de extinción de las obligaciones.

El proyecto de nuevo Código Procesal Civil, en el artículo 294, dispone sobre este particular: *"**Carga de la prueba.** Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes"*. El inciso siguiente agrega: *"El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les puede generar la ausencia o la insuficiencia de material probatorio que haya debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder"*.

Concluye esta reglamentación en el artículo siguiente (295), conforme al cual: *"Salvo que la ley atribuya un valor determinado a un medio probatorio, el juez apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, deberá estarse a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, salvo texto legal que expresamente contemple una regla de apreciación diversa"*.

Las normas trascritas introducen una cierta incertidumbre en materia probatoria, toda vez que puede el juez ***distribuir*** dicha carga, lo cual implica un pronunciamiento anticipado sobre la posición que en el proceso sustenta cada una de las partes. La tarea de hallar la prueba, prepararla y producirla es una función propia del respectivo abogado defensor. No es dable asignar al juez la facultad de disponer cómo, quién o de qué modo debe la prueba allegarse al proceso. En este punto se confunde el rol que concierne al abogado con el rol

que concierne al tribunal, y se induce a este último a adoptar una determinación que compromete su imparcialidad. Por otro lado, abandonar la valoración legal de los medios de prueba y entregarlos a la *"sana crítica"* relativiza aun más esta materia, dejándola entregada a parámetros inestables y difíciles de medir. Si algo debe reafirmarse en la reglamentación del proceso, en general, es la *"seguridad jurídica"* que genera el *"debido proceso legal"* elevado a la categoría de garantía constitucional. No nos parece, desde esta perspectiva, racional y justo un procedimiento en que el juez ejerce tareas propias y exclusivas del abogado y juzga el valor de la prueba rendida sobre bases que relativizan su mérito objetivo.

Abogamos, en consecuencia, por la eliminación de estas disposiciones, por el reconocimiento del principio probatorio contenido en el artículo 1698 del Código Civil y por la valoración reglada de los medios de prueba (o la convicción racional del tribunal como se postula actualmente), sin perjuicio de introducir las reformas que exigen los nuevos elementos probatorios (propios de la tecnología moderna).

2. Ejecución provisional de las sentencias de condena

El capítulo 3° del Título XIII subpárrafo 2° del proyecto trata de esta materia. Conviene trascribir, a lo menos, dos normas, los artículos 234 y 235. El primero expresa: *"**Ejecución provisional.** Las sentencias definitivas de condena, una vez notificadas a todas las partes, podrán ser cumplidas provisionalmente conforme a las disposiciones siguientes"*. El segundo agrega: *"Salvo las excepciones legales, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia definitiva de condena dictada en cualquier grado jurisdiccional podrá, sin necesidad de rendir caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a las normas previstas en el procedimiento ejecutivo"*. En los diversos comentarios de los autores del proyecto se ha explicado que estas normas recogen la experiencia actual, ya que menos del 14% de los fallos de primer grado son revocados por los tribunales superiores mediante los recursos legales, de suerte que en la mayoría de los casos se dilata innecesariamente el cumplimiento de lo resuelto.

Creemos que, cualquiera que sea el número de sentencias de condena revocadas en segunda instancia, ello no justifica un cumplimiento anticipado, puesto que se pone en serio entredicho la certeza que emana de las decisiones judiciales. En el evento de que una sentencia de primer grado sea revocada o modificada por el tribunal de alzada y esta segunda resolución no pueda cumplirse, ciertamente se daña la solvencia y prestigio del sistema. Con todo, hay que reconocer que el artículo 236 del proyecto consagra excepciones a la ejecución provisional y que el artículo 238 reglamenta la oposición a la ejecución provisional. Entre las causales en que puede basarse dicha oposición, el N° 2 señala: *"En que fuere imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior a la ejecución*

provisional en caso que la sentencia de condena a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega de una especie o cuerpo cierto fuere revocada". Así las cosas, parece innecesaria una institución de esta naturaleza si son tantas las excepciones que se dejan abiertas a la defensa del litigante vencido. Se trata, por lo mismo, de una cuestión más doctrinaria que práctica.

Agréguese aún el hecho de que todo apelante (recurso ordinario contra la sentencia de primer grado) puede solicitar *orden de no innovar.* Sobre este particular, el artículo 387 dispone: *"**Orden de no innovar.** El tribunal de alzada, a petición del apelante, podrá decretar orden de no innovar. La orden de no innovar suspende los efectos de la resolución recurrida o paraliza su cumplimiento, según sea el caso. En la misma resolución que concede la orden de no innovar podrá el tribunal restringir estos efectos".*

Como puede observarse, a las excepciones contempladas en el artículo 236 y las causales de oposición a la ejecución provisional, debe agregarse, todavía, la posibilidad de solicitar *orden de no innovar.* Lo anterior demuestra que esta institución perturba y confunde las cosas, afectando la certeza en la ejecución práctica de las resoluciones judiciales.

3. Recurso extraordinario destinado a sustituir el recurso de casación

Nuestro sistema procesal civil, de inspiración francesa, se basa en el recurso de casación en el fondo, el cual está destinado a **uniformar la interpretación de la ley,** haciendo posible una efectiva igualdad ante la ley. Hay que considerar el hecho de que no se trata de imponer forzosamente la interpretación establecida por la Corte Suprema y eliminar la independencia interior de que gozan los jueces, todos los cuales conservan su plena potestad para aplicar la ley. El influjo del recurso de casación en el fondo arranca de la estructura jerárquica del Poder Judicial y de la posibilidad de que por este medio se enmiende lo que falla una Corte de Apelaciones. En consecuencia, este recurso afecta lo más sensible de la estructura judicial.

El proyecto que comentamos introduce sobre esta materia una modificación que carece de todo sustento en lo que dice relación con la estructura de la judicatura y rompe con una larga trayectoria que, en medida nada despreciable, ha ido forjando una valiosa tradición. El objeto del nuevo recurso se define en el artículo 405 del proyecto, que expresa: *"El agraviado por una sentencia* (sentencias definitivas o interlocutorias inapelables que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, dictadas por las Cortes de Apelaciones) *podrá ocurrir excepcionalmente ante la Corte Suprema con los propósitos que en este Título se señalan y cumpliendo los requisitos que se indican, podrá solicitarle que se avoque al conocimiento del asunto por estimar que afecta un interés general".* En otros términos se subordina el interés privado del litigante (que justifica su

legitimación activa) a un difuso interés general que justificaría la intervención del Tribunal Supremo.

Sobre el interés general, el inciso 1° del artículo 409 del proyecto agrega: *"La Corte Suprema determinará avocarse al conocimiento del asunto cuando la mayoría de los miembros de la sala respectiva estime que concurre un interés general que haga necesaria su intervención".* Se incorpora en esta norma el llamado *certiorari* del derecho anglosajón, que permite al máximo tribunal entrar a conocer aquellas materias que juzga relevantes para la aplicación del derecho. En el proyecto, esta facultad se funda en el *interés general* y no en la necesidad de uniformar la interpretación (método para aplicación de la ley).

El inciso siguiente dispone: *"Sólo podrá estimarse que concurre un interés general para avocarse al conocimiento del asunto en los siguientes casos: a) Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y; b) En caso que considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial".*

En lo relativo a la letra a) precedente, sólo cabe decir que la Corte Suprema está siempre obligada a aplicar la Carta Política Fundamental y los tratados internacionales vigentes, lo cual resulta ser un encargo inútil, puesto que ello deberá suceder a propósito de cualquier materia en que se aprecie una infracción de este carácter, incluso obrando de oficio. Así lo determina el principio de *supremacía constitucional,* ampliamente reconocido en nuestro medio. Respecto de los tratados internacionales, parece estar restringida la norma propuesta a aquellos mencionados en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución (sobre derechos esenciales emanados de la naturaleza humana), aun cuando esta conclusión no surge del texto que comentamos.

En relación a la letra b) precedente, se trata de una clara reminiscencia de los objetivos del recurso de casación en el fondo, no obstante lo cual se lo regula de manera diversa e inconveniente. Toda sentencia judicial encierra una cierta orientación o doctrina interpretativa, incluso en la medida que el juez proponga un planteamiento original. Es precisamente por ello que se requiere un recurso de casación para uniformar la manera en que se comprende el contenido de la norma (intención, voluntad y espíritu), y se singulariza su mandato para regular situaciones concretas de la vida jurídica. Sin embargo, atendida la circunstancia de que cada proceso da cuenta de un conflicto único, particular y de contornos especiales, no parece posible fijar, aclarar o modificar una doctrina jurisprudencial, sino, a lo sumo, decidir cómo debe aplicarse una norma en el caso concreto que debe resolverse. Para estos efectos, parece adecuado lo dispuesto en el actual artículo 767 del actual Código de Procedimiento Civil,

que alude a sentencias que *"se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia"*, en armonía con el artículo 772 del mismo cuerpo legal, que reglamenta los requisitos del escrito en que se deduzca el recurso de casación en el fondo, diciendo que debe éste *"Expresar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida"*. La casación apunta a este blanco: ***los errores de derecho contenidos en la sentencia objeto del recurso.***

Tan evidente es lo que señalamos que el proyecto, llevando las cosas todavía más lejos, señala en el artículo 414 lo que sigue: *"La resolución que fallare un recurso extraordinario no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 211"* (Recurso de aclaración, rectificación o enmienda). *"Excepcionalmente, si se demostrare que la sentencia (que) se ha dictado contradice otra pronunciada por la misma Sala especializada, pero sin que en el fallo se hubiere dejado constancia de haberse modificado la doctrina anterior, el recurrente podrá dentro del plazo de quince días solicitar al Pleno que se anule la sentencia y para que se proceda a una audiencia por una Sala no inhabilitada. Esta solicitud de nulidad será resuelta por el Pleno sin audiencia pública de vista de la causa"*. Creemos que se trata de una exigencia que carece de sustentación lógica. Un cambio en lo que el proyecto llama *"doctrina jurisprudencial"* o *"doctrina anterior"* se desprende directa y necesariamente de lo que la sentencia expresa, sus fundamentos y decisiones. Resulta, por lo mismo, inoficiosa esta exigencia y altamente inconveniente la sanción que se propone. Al parecer, se trata de limitar las facultades de la Corte Suprema, puesto que se limita su potestad a la exigencia de identificar y enunciar la doctrina anterior que sustentaba la jurisprudencia. ¿Desconfianza de la cultura jurídica de nuestros más altos magistrados?

No exageramos si decimos que de aprobarse esta reforma, en la materia que comentamos, se desvirtúa la función de la Corte Suprema, se limitan sus facultades para fijar libremente cuál es la interpretación que debe escogerse y los errores de derecho en que incurren los fallos de las Cortes de Apelaciones y, sobre todo, se congela, muy probablemente, la evolución de la jurisprudencia al ponerse obstáculo a la renovación interpretativa.

Lamentablemente, nuestra Corte Suprema en los últimos treinta años, probablemente sin advertir las consecuencias, abdicó en medida importante del recurso de casación en el fondo, sustituyéndolo por el recurso de queja, con lo cual se abrió paso a una "justicia de equidad". El daño de esta errada política se manifiesta en la ausencia de una jurisprudencia enriquecedora, requisito necesario para el perfeccionamiento del sistema jurídico. Fue necesario legislar, restringiendo el recurso de queja, para superar esta situación. Lo que señalamos no puede ser motivo para introducir reformas que desvirtúen una larga tradición que, en lugar de abandonar, debemos renovar.

Hasta aquí nuestro comentario sobre las principales objeciones que se han formulado al proyecto de reforma procesal civil.

IV. Eliminación de las funciones administrativas impuestas a los tribunales de justicia

Es un hecho profusamente comentado que los tribunales de justicia sufren un recargo extraordinario como consecuencia de las cobranzas judiciales, la cuales dan lugar a los mal llamados *"juicios ejecutivos"*, en los cuales predominan las gestiones administrativas por sobre las decisiones jurisdiccionales. Todo el procedimiento de apremio constituye una gestión administrativa en la cual no es necesaria ninguna decisión jurisdiccional propiamente tal. El juicio ejecutivo conforma un mecanismo para activar la coerción, sin perjuicio de la decisión que excepcionalmente debe adoptarse respecto de la defensa del ejecutado cuando éste niega la obligación o su exigibilidad (excepciones).

Ahora bien, la activación de la coerción es un arma que el Estado pone en manos de quien, por diversas circunstancias, ha errado en la selección de su deudor (recuérdese que el juicio ejecutivo supone la existencia de un título en el cual consta la existencia de una obligación indubitada). De esta manera, se subsidia al acreedor, puesto que, valiéndose de la gratuidad de la justicia, busca alcanzar los beneficios que el título le reconoce y que el deudor se niega a prestarle. De aquí que recurran masivamente a este arbitrio judicial las grandes cadenas comerciales, los bancos, las sociedades financieras, las empresas de servicios públicos, etcétera. Tan evidente es esta ventaja que, incluso, se ha sostenido que sustraer de la justicia civil los *juicios ejecutivos* acarrearía un aumento en el costo del crédito.

Lo anterior va unido a una sobrecarga sustancial de la tarea de los tribunales obligados a encarar tareas administrativas en desmedro de sus decisiones jurisdiccionales.

Quienes ejercen la profesión en el área forense constatarán que el retardo que sufren los procesos judiciales tiene como antecedente fundamental la imposibilidad del tribunal de asumir una tarea tan abrumadora.

Las cifras confirman esta dramática realidad. El año 2011 el ingreso de causas civiles (muy superior al ingreso de causas penales) ascendió a 2.063.804. Si se considera que en Chile existen 224 tribunales que atienden procesos civiles, se concluye que cada uno de ellos debe hacerse cargo en promedio de 9.213 procesos.[1] Por otra parte, se calcula, conservadoramente, que el 85% de estas

[1] Muchos de los tribunales civiles atienden además, a lo largo del país, causas de familia, laborales, incluso penales, lo cual aumenta considerablemente el ingreso anual y recarga, todavía más, la tarea de

causas corresponden a *juicios ejecutivos*. En consecuencia, si sólo se computan los ingresos de causas propiamente jurisdiccionales, se llega a la conclusión que cada tribunal civil (promedio) debe hacerse cargo de 1.382 procesos civiles susceptibles de resolverse mediante una decisión jurisdiccional. Sin embargo, esta cifra debe incrementarse con los *juicios ejecutivos* en que deba intervenir el tribunal en razón de existir un conflicto jurisdiccional (excepciones opuestas por el ejecutado). Las cifras conocidas determinan que ello ocurre en un 17% de dichas ejecuciones, razón por la cual la cifra anterior (1.382) se incrementa hasta llegar a 2.713.[2] No es difícil concluir que la tarea del tribunal se aliviaría considerablemente (baja de 9.213 procesos a 2.713) haciendo posible que se racionalice la función judicial y permitiendo que los jueces puedan encarar sus tareas de mejor manera.[3]

Como quiera que se analicen estas cifras se llegará a la conclusión de que sustraer de la jurisdicción civil los *juicios ejecutivos* resulta absolutamente necesario. Tampoco puede omitirse el hecho de que, tratándose del cobro ejecutivo de obligaciones tributarias, el Servicio de Tesorería cuenta con un procedimiento **administrativo** especial, siendo de competencia de los tribunales ordinarios sólo las resoluciones jurisdiccionales que tienen origen en las tres excepciones que puede oponer el deudor (Título V del Libro III del Código Tributario). Otro tanto puede decirse del juicio de quiebra, en el cual la administración de los bienes del fallido, la realización del activo y el pago de las acreencias se realiza por los acreedores en Junta y por el Síndico de la Quiebra, financiado por los acreedores. Recuérdese que el juicio de quiebra es un juicio ejecutivo universal. ¿Qué razón existe entonces para mantener en los tribunales los llamados *juicios ejecutivos*?

De lo dicho se sigue que el proyecto acierta cuando el ejercicio de la acción ejecutiva se encarga a un ***"oficial de ejecución"*** (Capítulo 2° del Título I del Libro IV del proyecto). El control de las tareas de este funcionario administrativo lo ejercerían los tribunales, quienes, además, serían los llamados a resolver sobre las excepciones que se podrán oponer.[4] La reforma que se propone exige un

los magistrados. Tampoco existe un ingreso regular entre los 224 tribunales civiles, ya que la mayoría, de las causas, como es natural, se concentra en las grandes ciudades.

[2] No puede perderse de vista que resolver las excepciones planteadas no reviste las mismas exigencias que conocer de todo un juicio declarativo.

[3] Las cifras analizadas sólo permiten formarse una idea muy general, ya que la realidad de los tribunales varía en función de la Región en que se hallan instalados y la competencia que les asigna a ley. Lo lógico sería elaborar un estudio que considerara a lo menos la situación proyectada respecto de cada tribunal civil.

[4] Sobre esta materia hemos insistido en el hecho de que nuestra legislación parece estimular la "cultura del incumplimiento". En el actual juicio ejecutivo el deudor puede oponer al acreedor 19 excepciones, entre las cuales confluyen dilatorias y perentorias de lato conocimiento. Sin duda, esta política legislativa alienta el incumplimiento y ha sido, muy probablemente, factor determinante en el ánimo de quienes lejos de honrar sus compromisos los eluden al amparo de los medios y recursos que les dispensa la ley. El proyecto que comentamos reduce las excepciones que puede oponer el ejecutado a seis, declarándose en el inciso final del artículo 434 que *"Por el solo ministerio de la ley, se entenderá reservado*

estudio cuidadoso de la ley orgánica que deberá dictarse para los efectos de crear esta función y de las normas a que deberá someterse el ejercicio de las tareas que se le encomiendan al *oficial de ejecución.*

Algunas de las disposiciones que integran este Título puede ser objeto de comentarios críticos. Pero lo fundamental, esto es, sustraer los *juicios ejecutivos*, en sus aspectos administrativos, del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia, que se nos presenta como una exigencia ineludible para modernizar la judicatura civil, se consigue haciendo posible otras innovaciones importantes. Extrayendo de la competencia de los tribunales cuestiones meramente administrativas, pero manteniendo en ellos toda decisión jurisdiccional; imponiendo los costos de la cobranza a quienes reclaman el incumplimiento; eliminando subsidios indirectos a actividades privilegiadas; y asegurando un adecuado control de los *oficiales de ejecución,* **los jueces dispondrían de un espacio de tiempo que hoy le restan a lo que constituye su verdadera misión: administrar justicia.**

Para concluir este capítulo de nuestro comentario, queremos recordar que desde hace varios años hemos insistido en esta reforma. Cualquiera que sea, en definitiva, la profundidad de la misma, excluir los *juicios ejecutivos* de la competencia de los jueces ordinarios se ha transformado en un imperativo cuya implementación no debe retrasarse si efectivamente se quiere purificar la tarea judicial, hoy gravemente contaminada por tareas administrativas que entraban su verdadero cometido.

V. Una reforma inviable

Hemos insistido repetidamente en el hecho de que, salvo la disposición de cuantiosos recursos presupuestarios, la reforma propuesta es inviable. Ya hemos demostrado, aun cuando en términos generales, que en promedio cada tribunal de los 224 juzgados civiles que existen en el país debería avocarse al conocimiento, juzgamiento y fallo de 2.713 causas civiles. Ello implica que mensualmente el tribunal debería atender no menos de 226 juicios (sin considerar el feriado legal).

Sin ahondar este análisis, sólo considerando algunas tareas impuesta en el proyecto al tribunal, resulta, a mi juicio, absolutamente imposible cumplir una tarea de esta envergadura.

el derecho del ejecutado para hacer valer, en un juicio declarativo posterior, los derechos y alegaciones no contemplados dentro de las causales de oposición previstas en este artículo". En otros términos, respecto de las demás excepciones no admitidas en este procedimiento administrativo especial, se invierten los papeles, pasando el deudor que incumple a ser el demandante de los derechos que hoy le sirven como excepción para justificar el incumplimiento.

Veamos. El artículo 277 ordena que, terminado que sea el período de discusión, *"el tribunal citará a una audiencia preliminar, la que tendrá lugar en un plazo no inferior a veinte días ni superior a cuarenta días. Las partes deberán ser notificadas con una antelación no inferior a diez días de aquel fijado para la celebración de la audiencia"*. Recuérdese sobre este particular que el *impulso procesal recae en el tribunal.* El artículo 280 impone al juez **catorce cargas,** que deben cumplirse en la audiencia preliminar, entre ellas, *"resolver las excepciones previas opuestas"* (el artículo 267 contempla 12 excepciones, entre ellas las dilatorias y algunas perentorias como la prescripción, la caducidad, la cosa juzgada, la falta manifiesta de legitimación o interés, el pago, el beneficio de excusión y cualquier otro defecto que pudiera afectar la existencia, validez o eficacia del proceso); para los efectos indicados, el proyecto agrega que si el tribunal estimare necesario *"acreditar dichas excepciones, fijará los puntos sustanciales, pertinentes y controvertidos que requieran de prueba y recibirá en la misma audiencia la que ofrezcan las partes"*. Además, en la citada audiencia *"se formularán las alegaciones complementarias y de hechos nuevos a que se refiere el artículo 276"*; se llamará a las partes a conciliación, debiendo el juez *"proponer personalmente bases de arreglo"*; se dictará la correspondiente sentencia interlocutoria *"con el fin de sanear el proceso, resolverá las nulidades denunciadas o las que el tribunal hubiese advertido y decidirá, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión sobre el fondo del asunto"*; deberá el juez *"fijar el asunto controvertido al tenor de los hechos y fundamentos expuestos en la demanda, la contestación y la reconvención"*; fijará los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deban probarse y *"aprobará las convenciones probatorias que las partes hayan acordado"*; determinará las pruebas que deberán rendirse en la audiencia de juicio; realizará la comunicación a que se refiere el artículo 294 (sobre distribución de la carga de la prueba); *"recibir(á) la prueba anticipada que hubiere sido ofrecida en los respectivos escritos principales del período de discusión"*; asimismo, *"decretar(á) las medidas cautelares que se solicitaren y sean procedentes, a menos que éstas se hubieren decretado con anterioridad, en cuyo caso se resolverá sobre su mantención"*.

No hemos trascrito todas las exigencias contenidas en el artículo 280, sólo aquellas que parecen más complejas. Piénsese en el hecho de que en la referida audiencia el juez debe fallar los incidentes que en conformidad al artículo 131 se plantean en audiencia, resolviendo sobre la prueba rendida o que se ofrezca en la misma oportunidad. Como si todo lo anterior fuere poco, los artículos 66 y 341 ordenan que las audiencias deben desarrollarse –artículo 66– *"en forma continua, y sólo en casos en que no fuere posible concluirlas en el día de su inicio el juez deberá declarar su interrupción para continuar en sesiones sucesivas. Constituirán para estos efectos sesiones sucesivas aquellas que tuvieren lugar en el día siguiente o subsiguiente del funcionamiento del tribunal"*. Igual disposición se contiene en el artículo 341.

Lo descrito en el párrafo anterior culmina con lo que dispone el artículo 351, que impone al juez el deber de dictar sentencia en el plazo de **diez días** a contar de la terminación de la audiencia del juicio o la última audiencia de prueba decretada por el tribunal en los casos previstos en la ley. Si la sentencia no se dicta en el plazo legal (con algunas calificadas excepciones como la ocurrencia de un caso fortuito, o licencia médica, o atendida la complejidad de la materia que debe resolverse), el proyecto señala a la letra: *"Transcurrido el plazo respectivo sin que se hubiere dictado sentencia definitiva se producirá de pleno derecho la nulidad de la audiencia de juicio constituyendo ello una falta grave que deberá ser sancionada disciplinariamente".*

Todo cuanto hemos manifestado se aplicaría, en el actual contexto, a un juez obligado a atender, como se dijo, a lo menos, 2.713 causas anuales... Por lo mismo, esta reforma, en el supuesto de que subsistan 224 tribunales civiles en el país, resulta inviable. Su implementación requeriría como mínimo la existencia de un tribunal civil por cada comuna con varios jueces, y dos, tres o más en aquellas densamente pobladas. Una inversión de esta magnitud, para una reforma que encontramos mal concebida, ajena a nuestras tradiciones y de difícil asimilación, constituiría un gasto innecesario y dispendioso.

VI. Una opción realista y viable

Para la gran mayoría de los abogados que conocen en el terreno mismo a nuestros tribunales, una modernización del proceso civil resulta necesaria. Cada día, en la medida que el país crezca y se desarrolle, la demanda de una justicia civil ágil y efectiva crecerá. Enumeraremos las modificaciones que, a nuestro parecer, pueden introducirse, para lograr un mejoramiento sustancial sin necesidad de incurrir en gastos cuantiosos e innovaciones ajenas a nuestras tradiciones:

1 Desahogar a los tribunales civiles de toda gestión administrativa y, por cierto, principalmente, de los llamados *juicios ejecutivos.* Para estos efectos deberían crearse "fiscalías de cobranzas" u "oficiales de ejecución", o como quiera que se les llame. Esta institución debe financiarse con las tasas que correspondan y sin cargo para el erario nacional.

2 Establecer no más de tres procedimientos, de manera de evitar la proliferación de juicios con tramitación diversa.

3 Fijar plazos perentorios a los jueces para evacuar las resoluciones que les corresponden, especialmente para dictar la interlocutoria de prueba, ordenar medidas para mejor resolver, fallar los incidentes y dictar la sentencia definitiva. El retraso que se observa en el día de hoy es fruto de varios factores

combinados, entre ellos la falta de tiempo del tribunal para el cumplimiento de su cometido, la poca o nula contribución de los abogados para con el tribunal, y el retardo intencional de algunas defensas para eludir la acción de la justicia. Desde esta perspectiva, el proyecto comentado contiene algunas disposiciones valiosas, como los artículos 45, 131 y 133, que deberían incorporarse al Código de Procedimiento Civil, a fin de sancionar *"acciones manifiestamente dilatorias"* o *"rendir prueba manifiestamente inútil"* o la imposición de multas al abogado o mandatario judicial por la sucesiva interposición de incidentes rechazados. En suma, se trata de poner atajo a los abusos de procedimiento, una de las causas más frecuente de retrasos y entorpecimientos.

4 Hacer cumplir rigurosamente lo prevenido en el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil, a fin de estimular un avenimiento o conciliación, optando, de esta manera, por la justicia de los acuerdos. En el día de hoy, no obstante calificarse la citación a comparendo de conciliación como un trámite esencial (causal de casación en la forma), los jueces no participan en ella ni proponen bases para un avenimiento, pasando esta gestión a ser absolutamente inútil en la inmensa mayoría de los casos.

5 Incorporar al Código Orgánico de Tribunales la exigencia de que los abogados para ejercer en el área forense deban acreditar su idoneidad profesional. Lo que señalamos, ampliamente aceptado en el derecho comparado, es un factor de enorme importancia si se tiene en consideración que los abogados son *colaboradores de la justicia,* participan del ejercicio de la *jurisdicción,* vale decir, de una potestad pública, y la experiencia revela que en la actualidad la formación que reciben es de una muy diversa categoría. Si bien es cierto que este tema no incide directamente en el problema que nos convoca, no lo es menos que constituye un requisito determinante para el buen funcionamiento de la justicia civil.

6 Asignar a la Corte Suprema la facultad de avocarse a aquellas causas de relevancia jurídica *(certiorari),* sin que en ello intervengan las partes litigantes. De ninguna manera deben fijarse reglas o principios que limiten la facultad del Tribunal Supremo, debiendo éste ser el único que, de acuerdo a su experiencia, determine la relevancia que tiene el juicio para los efectos de interpretar la ley y fijar las doctrinas jurisprudenciales que correspondan.

7 Habida consideración de que el derecho está modificándose constantemente, regulándose nuevas situaciones y, sobre todo, siendo afectado por un prodigioso desarrollo científico tecnológico, debe incorporarse un plan de capacitación para nuestros jueces que sirva para mantener actualizados sus conocimientos.

8 Reforzar a cada tribunal para el evento de que su ingreso sobrepase los límites establecidos mediante un estudio semestral. En otras palabras, debe fijarse un número determinado de causas que puedan razonablemente tramitarse por un juez. Si esa cifra se sobrepasa, debe incorporarse otro juez al mismo tribunal para superar el problema.

9 Instituir un procedimiento general de admisibilidad de la demanda, a fin de evitar juicios temerarios o presiones indebidas. Es un hecho que muchas causas se inician para obtener ventajas ilegítimas o para incomodar a una persona y arrastrarla a una concesión que no corresponde. Así, por ejemplo, como se ha podido comprobar en el último tiempo, todo gran proyecto de inversión suscita de inmediato una reclamación, un recurso o una demanda infundada con miras de aprovechar el justo temor que ello provocará al inversionista. Para evitar esta anomalía, que crecerá con el correr del tiempo, se hace necesario un procedimiento de admisibilidad que en forma sumarísima resuelva sobre su seriedad y verosimilitud.

10 Finalmente, nada impide incorporar algunas reformas menores, tales como la exigencia al demandante de acompañar todos los instrumentos de que disponga con la presentación del libelo, estimular la celebración de convenciones probatorias, extender la audiencia de conciliación a fin de que las partes puedan, si no hay avenimiento, precisar los hechos probados y los que serán objeto de prueba, etcétera. Una revisión exhaustiva del actual Código permitiría una renovación muy positiva, sin necesidad de alterar de manera radical el sistema procesal civil que nos rige.

Para concluir, yo diría que una buena justicia civil requiere fundamentalmente de buenos jueces, pero, por sobre todo, facilitarles su trabajo, su estudio y su capacidad reflexiva. Constituye un error, en el que repetidamente incurrimos, pensar que los jueces se improvisan. Un juez se forma a lo largo de muchos años, gracias a su constancia, sus estudios y su experiencia. Es por ello que el Poder Judicial reúne un valioso recurso humano que no debemos menospreciar.

Observaciones constitucionales al proyecto de nuevo Código Procesal Civil

Julio Alvear Téllez
Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Ignacio Covarrubias Cuevas
Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El artículo analiza el proyecto de nuevo Código Procesal Civil en los aspectos que resultan problemáticos para el derecho constitucional. A partir de las críticas que se han formulado desde el campo del derecho civil y del derecho procesal, se constata que muchas figuras establecidas en el proyecto no han sido objeto de una maduración adecuada, con lo que se afectan derechos fundamentales básicos y la lógica orgánica de nuestras instituciones republicanas.

***

1) Cuestiones previas

El objetivo del presente artículo es presentar un análisis del proyecto de Código Procesal Civil (en adelante, PCPC) en los aspectos que podrían resultar problemáticos para el derecho constitucional.

El proyecto se atribuye el carácter de ejemplo modernizador e histórico en lo que se refiere a la tutela efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos, de cara a los conflictos civiles y comerciales. Su objetivo expreso es reformar el proceso civil a fin de satisfacer *"los estándares constitucionales de un debido proceso"*, dando mayor garantía a los derechos fundamentales involucrados en el mismo.

Sin embargo, hay que advertir que el intento no ha sido pacífico. En el campo del derecho civil se han formulado agudas críticas[1], que también se han dejado

[1] *Comentarios al Proyecto del nuevo Código Procesal Civil,* del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Chile , del 14 de mayo del 2012 (en adelante, CPNCPC); *Comentarios al Proyecto de Ley que establece el Código Procesal Civil,* del 29 de julio del 2012, suscrito por más de 80 profesores de derecho civil de la Universidad de Chile, de la Pontificia Universidad Católica, de la Universidad de

ver en el ámbito del derecho procesal[2]. En el intertanto, los cultivadores del derecho constitucional apenas se han pronunciado, pese a que las objeciones civiles y procesales que revisaremos plantean explícita o implícitamente cuestiones constitucionales de fuste.

En general, como evaluación sistémica, los profesores de derecho civil han valorado positivamente que el PCPC persiga la descongestión, eficiencia y accesibilidad de la justicia civil, especialmente a través de la aplicación razonada de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración, continuidad, buena fe e igualdad de oportunidades en el proceso. No se cuestiona la necesidad de modernización, ni los objetivos fundamentales de la reforma, atendida la obsolescencia y las enormes carencias del actual sistema vigente. El rechazo se dirige hacia algunas figuras concretas del PCPC, que han sido establecidas con premura, sin mayor atención a sus eventuales consecuencias nocivas en las áreas llamadas "sustantivas" del derecho, y que incluso pueden comprometer gravemente los beneficios mismos que se pretenden alcanzar con la reforma.

Más precisamente, se reprocha la cristalización de ciertas innovaciones en algunos institutos procesales inadecuados, que ocasionarán desajustes en el derecho civil y comercial, particularmente en el derecho de las personas y de los bienes, y con él, en el sistema contractual y el régimen de responsabilidad civil, eje del libre mercado. Desde la perspectiva procesal se imputan contradicciones y desequilibrios.

¿Cuáles son las figuras cuestionadas? Para responder a esta pregunta, consideraremos por separado la perspectiva civil y la procesal, resaltando solo aquellos aspectos de interés constitucional. Las consideraciones críticas puramente atinentes a cada una de estas disciplinas solo serán enunciadas, pues entendemos que han de ser abordadas con más competencia por los especialistas de estas áreas.

2) Observaciones constitucionales en particular

I) Perspectiva civil

Desde este enfoque, se ha hecho ver el efecto paradojal de la reforma, tanto en los *medios* como en los *objetivos*. En cuanto a lo primero, se objeta la crea-

Concepción, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, de la Universidad Diego Portales, de la Universidad de los Andes, de la Universidad Adolfo Ibáñez y de la Universidad Austral (en adelante CPLCPC); *Declaración sobre la Reforma Procesal Civil, X Jornadas Nacionales de Derecho Civil,* del 11 de agosto del 2012 (en adelante DRPC).

[2] *Informe con principales consideraciones críticas del proyecto de ley del nuevo Código Procesal Civil,* del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, de julio del 2012 (en adelante INPCPC). El documento no indica día.

ción de institutos procesales que entorpecen los mismos objetivos que se ha propuesto el PCPC. En cuanto a lo segundo, se acusa la distorsión que tales objetivos producen, en ciertas circunstancias que no han sido removidas, en otros sectores del ordenamiento jurídico, amén de su ineficiencia relativa, dado el residual campo de aplicación que tendrá la reforma.

Las instituciones cuestionadas que interesa destacar son las siguientes:

1) El recurso extraordinario

El Mensaje justifica la incorporación de este instituto con el siguiente tenor: *"El Código realiza una reforma profunda al sistema recursivo actualmente vigente que refleja simplicidad y eficiencia, a la vez que un justo equilibrio entre tales aspiraciones y el debido proceso (...)En lo que sin duda constituye una de las innovaciones más importantes que contempla el Código, se reemplaza el actual recurso de casación en el fondo, por un recurso extraordinario a través del cual se fortalece el rol de la Corte Suprema como máximo tribunal de la República encargado de preservar los derechos fundamentales y de dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los tribunales del país"*[3].

En lo pertinente, el articulado del PCPC queda como sigue:

Art. 405.- *Objeto. El agraviado por una sentencia podrá ocurrir excepcionalmente ante la Corte Suprema con los propósitos que en este Título se señalan y cumpliéndose los requisitos que se indican, para solicitarle que se avoque al conocimiento del asunto por estimarse afectado un interés general.*

Art. 408.- *Requisitos de interposición. El recurso deberá presentarse por escrito, debiendo expresarse el agravio y en forma fundada las razones por las cuales concurre el* ***interés general*** *que justifica la intervención de la Corte Suprema.*

Adicionalmente deberá señalarse las peticiones concretas que se someten a la consideración de la Corte Suprema para subsanar el agravio invocado.

Art. 409.- *Interés general. La Corte Suprema determinará avocarse al conocimiento del asunto cuando la mayoría de los miembros de la sala respectiva estime que concurre un* ***interés general*** *que haga necesaria su intervención.*

Sólo podrá estimarse que concurre un ***interés general*** *para avocarse al conocimiento del asunto en los siguientes casos:*

[3] Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), pp. 23-24.

a) Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un ***derecho o garantía fundamental*** *contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y;*

b) En caso que considere ***pertinente fijar, uniformar,*** *aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial.*

Art. 413.- *Fallo del recurso. La Corte Suprema actuando en Sala o en Pleno según el caso, deberá fallar el recurso dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que hubiere terminado la audiencia de vista.*

En la sentencia la Corte Suprema deberá exponer los fundamentos que se tuvieron presente para declarar la admisibilidad del recurso y si se acogiere, la forma en que se ha verificado la infracción esencial del derecho fundamental o ***la manera en la cual deberá ser interpretada o aplicada una determinada norma o principio jurídico*** *y concluirá declarando la confirmación, modificación, revocación o invalidación de la sentencia recurrida y del procedimiento del cual emanare en su caso.*

Si la Corte Suprema al acoger el recurso extraordinario anulare la sentencia recurrida, dictará sentencia de reemplazo. Si anulare el juicio en el cual se hubiere pronunciado, determinará el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenará la comunicación al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio.

Fortalecer la función jurisdiccional de la Corte Suprema y obtener una efectiva unidad en la jurisprudencia nacional son dos de los ambiciosos objetivos que se pretenden alcanzar por medio de este recurso extraordinario.

¿Se logran? A juicio de la crítica, el recurso extraordinario no solo conspira contra estos objetivos, sino que en sí mismo considerado altera las bases que permiten comprender la actuación del máximo tribunal del país, afectando el sistema de fuentes del derecho privado. Es una extravagancia jurídica de envergadura que genera no menores repercusiones constitucionales:

a) El recurso extraordinario trastorna el sistema de fuentes del derecho chileno, al atribuir efectos generales a las sentencias de la Corte Suprema, las que, sin embargo, han de estar fundadas en la *auctoritas* y no en la *potestas*[4].

b) El recurso citado no satisface *de suyo* el objetivo que pretende satisfacer:

[4] CPNCPC, pp. 6-7; CPLCPC, pp. 1-2.

* Por una razón cuantitativa: es un recurso completamente excepcional. Solo procede si se amaga el "interés general", definido de forma estricta como infracción de derechos constitucionales y necesidad de uniformar doctrina.

* Por un motivo cualitativo: el recurso vuelve imposible la tarea de uniformar la aplicación de la ley. Se trata de un instrumento que expulsa los criterios del derecho común civil y comercial, para considerar solo los *"criterios de equidad fundados en una justificación muy elemental sobre la base de los derechos constitucionales"*.

Lo anterior, paradojalmente, conspira contra las finalidades de la reforma. Precisamente porque *"la alegación sobre la base de derechos constitucionales ahonda lo que se denomina vulgarización del derecho civil. La Constitución es, por cierto, la norma suprema. Pero ella representa un marco abierto de derechos o principios en conflicto, cuya aplicación puede conducir a una multiplicidad de soluciones, precisamente, por su carácter abierto. Es la legislación civil la que viene a concretar esa regulación, la que enriquece con criterios y reglas específicas, otorgándole contenido a los derechos civiles, y proporcionando soluciones claras y, la mayor parte del tiempo, unívocas a situaciones concretas"*[5].

La sustitución de lo civil por lo constitucional implica derechamente que se elimina la causal de infracción de ley que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En otros términos, *"no se puede alegar que se infringió el Código Civil para exigir la intervención de la Corte Suprema, sino que todo se reconduce a una elemental y estandarizada discusión constitucional"*[6].

Por lo anterior, la Corte Suprema no queda reforzada, sino debilitada. Sólo puede pronunciarse en muy contadas ocasiones, y cuando lo haga debe convertirse en una jurisdicción constitucional, razonando en términos de derechos fundamentales, sin poder velar por el cumplimiento de la ley común, en sí misma considerada.

¿Para qué decir de los inconvenientes que conllevará la potestad de fijar "*la manera en la cual deberá ser (...)* ***aplicada*** *una determinada norma*" (art. 413, inc. 2° PCPC), en circunstancias que el Tribunal Constitucional posee una análoga atribución constitucional, esto es, la de declarar inaplicable un precepto legal "*cuya* ***aplicación*** *(...) resulte contraria a la Constitución*" (art. 93 N° 6 de la Constitución Política).

c) El recurso extraordinario con atribuciones constitucionales es una mala copia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica. La dotación de

[5] CPNCPC, p. 6.
[6] CPNCPC, p. 7; CPLCPC, p. 2.

competencia constitucional requeriría, en rigor, de una reforma en ese ámbito, pues es el Tribunal Constitucional el órgano que en Chile ejerce el control preventivo y ex post de la ley[7], entre las que, como señaláramos arriba, se encuentra la facultad de declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación estime contraria a la Carta Fundamental.

d) Siempre ha sido misión de la Corte Suprema fijar y uniformar doctrinas jurisprudenciales. El privarle en la práctica de dicha facultad respecto del derecho común es atentar contra la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, *"pues no es conforme a dicha garantía que la ley sea aplicada de manera diversa a los ciudadanos"*, sin que el máximo tribunal pueda hacer nada[8].

Como problema constitucional se encuentra presente en todas estas objeciones una notable cuestión de coherencia en el diseño de las funciones que el PCPC perfila para la Corte Suprema. Sin reforma constitucional alguna, muta su fisonomía esencial, privándole de las competencias propias de un tribunal de derecho común, para atribuirles otras, que, en rigor, son propias de un Tribunal Constitucional. Amén de una posible afectación de la igualdad en la ley, que por el momento dejamos solo enunciada.

2) Medida cautelar innovativa

El PCPC articula esta institución de la siguiente manera:

Art. 188.- ***Medida cautelar innovativa.*** *Ante la inminencia de un* ***perjuicio irreparable****, el juez, a petición de parte, podrá disponer medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho preexistente total o parcialmente a la solicitud. La medida cautelar innovativa se decretará en forma* ***excepcional*** *cuando el peligro de* ***perjuicio irreparable*** *no pueda ser tutelado con el otorgamiento de una medida cautelar conservativa.*

Este mecanismo es bastante restrictivo como medida de urgencia por su falta de autonomía. Y excluye además los daños reparables, lo que es absurdo, pues lo que importa en el derecho patrimonial contemporáneo es la posibilidad de hacer frente a todo perjuicio inminente, sea reparable o no. *"En los contratos y en la responsabilidad los perjuicios patrimoniales son por esencia reparables, y para ellos hoy no existe acción de urgencia genérica"*[9].

El enfoque crítico lamenta que el PCPC no contemple una acción civil de urgencia de alcance general entre las medidas cautelares. Oportunidad perdida

[7] CPNCPC, p. 7.
[8] CPNCPC, p. 6.
[9] CPNCPC, p. 14.

para resolver una de las principales faltas del derecho procesal chileno, cual es el abuso del recurso de protección en todos aquellos casos en que el sistema se ve obligado a resolver un asunto sobre la base de una argumentación constitucional genérica, en ausencia de un mecanismo procesal de urgencia que permita cautelar un derecho por violación directa a las normas de derecho común.

En este sentido, los profesores de derecho civil insisten en que la reforma *"no resuelve la deformación generada en nuestro derecho por el abuso del recurso de protección, el que, junto con una errónea interpretación del artículo 19 N° 24 de la Constitución, ha generado una cosificación de los derechos, y una distorsión en el concepto civil del dominio. Hoy existe en Chile derecho de propiedad sobre todo tipo de bienes: sobre las cosas corporales, se entiende; pero resulta poco razonable alegarlo sobre cosas incorporales (específicamente, sobre los créditos), donde se ha confundido más bien la titularidad de un derecho personal con la propiedad que se tendría sobre ellos"*. Lo que se extiende incluso a las meras expectativas[10].

Nuevamente se constata aquí un problema de coherencia en el diseño que el PCPC pretende establecer sin ahondar en la lógica de las instituciones, ni en sus repercusiones horizontales.

3) Carga "dinámica" de la prueba.

El mensaje incorpora esta institución invocando el siguiente motivo:

"A fin de poder corregir eventuales desigualdades entre las partes, se consagra la modalidad que algunos conocen como principio de facilidad de la prueba y otros, como la institución de la carga dinámica de la prueba. Este instituto ha tenido amplia aceptación y aplicación en el derecho comparado como un instrumento que otorga al juez, con los debidos resguardos legales, la posibilidad excepcional de distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes, asegurando de este modo la vigencia de los principios de justicia, cooperación y buena fe procesal"[11].

Al respecto, el PCPC dispone en su articulado:

Art. 294.- ***Carga de la prueba.*** *Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.*

[10] CPNCPC, p. 13.

[11] Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), p. 18.

El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas*, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder.*

Los críticos sostienen aquí, no sin razón, que la regla precedente de la carga de la prueba altera todo el sistema civil que a este respecto existe. Se trata de un instituto procesal que inadvertidamente afecta las instituciones de derecho civil. Se le entrega al juez una facultad genérica durante el proceso para distribuir la carga probatoria, con lo que puede sustraerse discrecionalmente de todas las reglas contenidas en la ley civil, enervando de paso los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley que el proyecto dice propiciar.

Las reglas de la prueba de las obligaciones son claras y previsibles en el derecho común. *"El artículo 1698 establece que deberá probar las obligaciones el que alega la existencia o la extinción de éstas. Lo anterior, resulta razonable y justo ya que lo normal será que las personas no estén obligadas. La obligación es una excepción. Por ello, el sistema de derecho civil hace recaer la prueba en quien quiere alegar la excepción, es decir, alegar que el otro está obligado. Asimismo, una vez que se está obligado, el derecho hace recaer la prueba en quien quiere alegar que dicha obligación se extinguió, es decir, en quien alega la situación excepcional que existiendo una obligación ésta ha dejado de existir. Por su parte, el artículo 1547 inciso 3° consagra que la prueba del caso fortuito corresponderá al que lo alega y la prueba de la diligencia al deudor, esto último implica que la culpa en materia contractual se presume"*[12].

Este sistema no es respetado por el PCPC, sostienen los críticos, puesto que contradice textos legales sustantivos y adjetivos con una técnica del todo inaceptable, cual es, la de modificar las reglas civiles por consecuencia indirecta de la mutación de las normas procesales, sin previamente medir sus efectos. Como si la prueba de las obligaciones no fuera materia regulada por el derecho común, en concomitancia lógica con las exigencias del tráfico de bienes.

Las consecuencias negativas no se dejan esperar, y a varios títulos:

i) Dado que el PCPC no coordina sus normas con las del Código Civil, el juez podrá vulnerar las presunciones legales de culpa, tanto en materia contractual (art. 1547 inciso 3° Código Civil) como extracontractual (arts. 2320, 2326 y 2329 Código Civil).

[12] CPNCPC, p. 16.

ii) Se olvida que las normas probatorias son normas sustanciales. Al derecho procesal le cabe, por cierto, regular los pormenores de la actividad probatoria, pero es al derecho civil al que le compete consagrar sus principios, dado que las normas de esta especie se integran a los contratos o *"regulan el actuar de las personas en sus relaciones con los demás (responsabilidad extracontractual)"*[13].

iii) *"El núcleo central y esencial del derecho de los contratos y de la responsabilidad civil gira en torno a la prueba de las obligaciones y a las presunciones legales de culpa. Todo este sistema se verá seriamente alterado por la introducción, en los términos propuestos, de la carga probatoria dinámica"*[14]. Los críticos precisan las perjudiciales secuelas:

a) Alteración del sistema de contratos y de libre mercado, destruyendo, so pretexto de la igualdad procesal, la previsibilidad y la seguridad de las transacciones jurídicas.

"Los contratos son instrumentos para "anticipar el futuro"", se sostiene desde esta perspectiva. *"Disminuyen los costos de transacción para que la riqueza pueda circular hacia sus usos más eficientes. Su contenido está conformado por cláusulas que prevén contingencias posibles, anticipando las partes su solución, a fin de disminuir el riesgo que implica obligarse. Asimismo, su contenido está definido por el derecho dispositivo (Código Civil) que contiene una regulación, supletoria y equilibrada de la voluntad de las partes (esto es, actúa frente a su silencio), de los derechos y obligaciones recíprocos. Dentro de estas normas dispositivas están las reglas probatorias. Resulta indispensable, por ejemplo, saber a quién corresponderá en un eventual litigio la prueba de la culpa o la prueba del caso fortuito. Las partes, sabiendo esto con antelación (al momento de contratar), podrán tomar las precauciones debidas para enfrentar un posible juicio de manera exitosa. No debe olvidarse que la regulación civil en la materia constituye el derecho común aplicable a todos los contratos civiles y comerciales celebrados en el país. Por ello, si se modifican equivocadamente estas normas, todo el sistema contractual nacional se verá alterado"*[15].

En este punto, la regulación procesal de la carga de la prueba debería estar más atenta a la regulación civil en la materia, pues, de lo contrario, se termina por afectar uno de los objetivos esenciales del derecho de los contratos, cual es, la anticipación de los riesgos, con todas sus repercusiones en el área del derecho de seguro.

Al respecto, se indica que *"la sorpresa de enterarse recién en la audiencia preliminar quién es el que deberá rendir prueba sobre tal o cual obligación, provoca*

[13] CPNCPC, p. 17.
[14] CPNCPC, pp. 17-18.
[15] CPNCPC, p. 18.

que los contratos ya no sirvan para anticipar los riesgos que la contratación implica, pues aquello puede decidirlo el juez ex-post y sobre criterios subjetivos. Esto genera una gravísima consecuencia sistémica: todo el modelo de intercambios y de libre mercado, que se funda en los contratos, es puesto en tela de juicio. Lo anterior, y como efecto colateral, provocará un fuerte impacto en el sistema de los seguros y la actividad de las compañías aseguradoras que basan su actividad comercial de cálculo estadístico en que las partes, primeramente, anticipen riesgos en los contratos sobre la base de las normas legales generales, para sobre eso realizar la cobertura del riesgo definiendo el valor de las primas. Si las partes ya no pueden anticipar los riesgos en los contratos (y esto es lo que provocaría una regla probatoria dinámica tan abierta) entonces a las compañías aseguradoras les resultará difícil evaluar el riesgo de la actividad regida en el contrato, por lo que podrían decidir retirarse de determinados ámbitos del mercado (pues ya no les sería rentable)"[16].

b) Perturbación del principio de autonomía privada. Se alega que bajo la actual legislación una estipulación contractual puede alterar la regla legal de la carga de la prueba de la culpa (artículo 1547 inciso 3° del Código Civil), por lo que si se entrega al juez la facultad de atribuir dicha carga, se podrá vulnerar la intangibilidad del contrato.

c) Afectación de la teoría de los riesgos. Con la carga dinámica de la prueba el juez podrá alterar la norma que impone al deudor la prueba de la pérdida fortuita de la cosa debida, cuya razón de ser estriba en la necesidad de evitar que eluda el cumplimiento de sus obligaciones.

d) Descomposición de la regla del caso fortuito como eximente de responsabilidad civil. Actualmente corresponde probar el caso fortuito a quien lo alega (art. 1547 inc. 3° Código Civil), quien, en sede procesal, es el demandado. Con la carga dinámica, eventualmente el juez podría obligar a probar la inexistencia de una obligación a quien alega su existencia, esto es, al demandante.

e) La perturbación del sistema de presunciones legales de culpa afecta asimismo el derecho de responsabilidad en favor de la víctima y la garantía de reparación de los daños.

Al respecto, se puntualiza que *"en materia extracontractual, la carga probatoria dinámica genera serias consecuencias negativas, sobre todo respecto de las presunciones legales de culpa contenidas en el ya citado título XXXV del libro IV Código Civil. Las relaciones interpersonales exponen a los sujetos a sufrir daños producto de un hecho negligente o doloso. Las presunciones legales de culpa ya sean por el por hecho ajeno (art. 2320 Código Civil); por el hecho propio por*

[16] *Ibidem.*

actividades peligrosas (art. 2329 Código Civil); o por el hecho de las cosas (arts. 2323, 2326 y 2328 Código Civil), favorecen a la víctima de los accidentes, ya que le permite liberarse de la carga de probar la culpa del agente del daño y hacen más expedita la posibilidad de obtener la indemnización. La carga probatoria dinámica altera este sistema y contribuye a diluir la seguridad jurídica, ya que no se sabrá, hasta la audiencia preliminar, si la víctima estará o no liberada de la prueba de la culpa, prueba que por cierto puede retrasar o, incluso hacer imposible, la indemnización justa para intentar reparar el daño causado por un hecho negligente"[17].

Como corolario de todo lo anterior, los críticos someten a "deconstrucción" los criterios de "disponibilidad" y "facilidad" que en la mirada del PCPC fundamentan la introducción de la carga dinámica de la prueba.

Se objeta que, en rigor, esta institución probatoria revierte en la desnuda subjetividad del juez, vulnerando las normas generales y abstractas que la ley establece en materia de responsabilidad contractual y extracontractual para garantizar el tráfico y la seguridad jurídica. Dicha subjetividad se denota especialmente cuando se tiene en cuenta que el juez *"deberá tomar partido"* ya en la fase preliminar del proceso, donde es imposible que conozca en profundidad el caso que ha de resolver. Es una apelación a la *intuición*, y no a la *convicción* del juez; un llamado a la *parcialidad*, no a la *imparcialidad*.

A modo de recapitulación, y aun a riesgo de ser insistente, se puede afirmar que desde la perspectiva del derecho civil, todo esto importa significativas distorsiones en el sistema de contratos y de libre mercado, desde el momento que la carga dinámica de la prueba afecta *"la función de previsión propia de los contratos; altera el sistema de los seguros y la actividad de las compañías aseguradoras, para las que es esencial la anticipación de los riesgos en los contratos sobre la base de las normas legales generales; atenta contra el principio de la autonomía privada y de la intangibilidad de los contratos, ya que el juez podría ignorar aquella estipulación contractual en que los contratantes alteren la regla legal de la carga de la prueba de la culpa; perturba la teoría de los riesgos y las reglas del caso fortuito, de acuerdo a las cuales el deudor debe acreditar la pérdida de la cosa y el caso fortuito, respectivamente; mientras que, en materia extracontractual, afectaría el sistema de presunciones legales de culpa, que favorecen a las víctimas de los accidentes"*[18].

De aquí surgen dos grandes interrogantes para el derecho constitucional. ¿No se afecta el derecho de propiedad cuando no se fijan las garantías procesales adecuadas para asegurar la intangibilidad de los contratos? Asimismo, dada la

[17] CPNCPC, p. 19.
[18] CPLCPC, p. 3.

falta de previsibilidad que la carga dinámica supone, ¿no se termina vulnerando la igualdad ante la ley y el debido proceso?

4) Inconsistente ámbito de aplicación de la reforma

Los autores de CPNCPC subrayan que el proyecto de reforma procesal civil es menos relevante de lo que parece. Sin los procedimientos ejecutivos, los tribunales civiles quedarán con un 90% menos de causas. No conocerán materias de derecho de familia, pues están reservadas a los tribunales de familia; tampoco sucesiones intestadas abiertas, sujetas a la tramitación administrativa del Registro Civil, ni conflictos comerciales de mediana y mayor envergadura, sometidos en la práctica comercial a los compromisos y a las cláusulas compromisorias. Los tribunales civiles tendrán, entonces, una competencia residual en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y de las acciones de resolución o de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de contratos medianos y pequeños. Pero aun aquí la incidencia será limitada. Variados tipos de responsabilidad extracontractual siguen siendo de competencia de otros tribunales, como los laborales, los penales y los Juzgados de Policía Local.

Asimismo, en materia de indemnización de perjuicios, la Ley de Protección del Consumidor entrega a los juzgados de policía local, y no a los tribunales civiles, el conocimiento de la mayor parte de las acciones, con lo que los conflictos contractuales y de responsabilidad que más sienten los ciudadanos quedarán fuera de la órbita de la reforma[19].

Al respecto, los críticos proponen incorporar los conflictos sobre contratos de consumo a la competencia de los tribunales civiles, especialmente en materia de responsabilidad. Además, para hacer lógica la aplicación razonable de los principios de la reforma se sugiere establecer una acción civil de urgencia.

Desde la perspectiva constitucional se puede agregar que la lógica de la Carta Fundamental exige extender la aplicación de la reforma a los ámbitos donde la ciudadanía requiere de una justicia rápida, oportuna y efectiva (el derecho controversial del consumidor es típico en el derecho comparado), si es que se quiere cumplir con los fines garantísticos de la misma.

5) El PCPC produce desajustes varios en el derecho sustantivo

Se trata, según denuncian los críticos, de institutos que alteran o desnaturalizan las reglas del derecho civil. En la imposibilidad de hacernos cargo de cada uno de ellos, los enunciamos con las respectivas referencias documentales:

[19] CPNCPC, pp. 32-33; CPLCPC, p. 4.

i) Declaración jurada del ejecutado (art. 446 PCPC), que no tiene en cuenta las reglas civiles de la acción pauliana[20].

ii) Propuesta alternativa de pago en el emplazamiento del ejecutado (art.432 PCPC), que no respeta las normas de la dación en pago[21].

iii) Efecto de las sentencias penales en el proceso civil (art. 219 PCPC), que no considera las exigencias propias del derecho común en la materia[22].

iv) Sucesión procesal por acto entre vivos (art. 23 PCPC), que elimina en la práctica la fundada distinción entre excepciones reales y personales en la cesión de derechos litigiosos[23].

v) Creación de nuevos ilícitos civiles de incidencia procesal (arts. 50, 177, 241, 567 PCPC), que innovan en la materia sin la suficiente coordinación con el sistema de responsabilidad del derecho común[24].

vi) Inexistencia procesal (art. 116 PCPC)[25], que incide sin justificación en el tópico de derecho sustantivo de la suficiencia de las sanciones civiles de nulidad absoluta y nulidad relativa.

vii) Nueva figura de objeto ilícito (art. 118 PCPC), que interviene sin modificarlo en el texto del artículo 1464 del Código Civil. El ajuste se hace imperativo por motivos de seguridad jurídica y concordancia legislativa[26].

viii) Regulación de la capacidad procesal (arts. 15 a 17 PCPC)[27], que afecta las reglas generales sustantivas sobre la personalidad, la capacidad y los patrimonios de afectación.

II) Perspectiva procesal

Desde este enfoque, aunque de un modo minoritario, se ha criticado la inconsistencia de ciertas instituciones procesales, especialmente si se les pone en relación con los fines que intenta alcanzar la reforma.

Las instituciones cuestionadas que nos interesa destacar son las siguientes:

[20] CPNCPC, pp. 27-28.
[21] CPNCPC, pp. 28-29.
[22] CPNCPC, pp. 29-31.
[23] CPNCPC, pp. 31-32.
[24] CPNCPC, pp. 21-26.
[25] CPNCPC, pp. 26-27.
[26] CPNCPC, p. 27.
[27] CPNCPC, pp. 8-12.

1) Facultades de prueba de oficio o propia iniciativa entregada a los jueces

El Mensaje justifica estas facultades apelando a los principios del derecho procesal contemporáneo y a las garantías de orden constitucional. Es instructivo transcribir en su detalle las palabras del Ejecutivo:

"(El) derecho a la tutela judicial y el debido proceso como garantía fundamental de los ciudadanos frente al Estado, que tiene como contrapartida a la proscripción de la autotutela, impone al Estado, como deber ineludible, la necesidad de garantizar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos y de establecer y regular procedimientos adecuados y rápidos para la justa obtención de la tutela solicitada y con posibilidad de ejecución, cuando ella sea necesaria.

El texto que someto a vuestra consideración aspira a cumplir con dicho mandato constitucional, reemplazando un sistema anacrónico y que no satisface las necesidades de tutela de los derechos de los justiciables. Se busca reemplazarlo por un sistema nuevo en el que se asume que en todo proceso civil hay un interés público comprometido en obtener una resolución rápida, eficaz y justa del conflicto y, por ende, se ordene a la generación de las condiciones necesarias para una convivencia social pacífica.

Consecuente con lo anterior, y entendiendo que el proceso civil no es un mero instrumento para la resolución de un conflicto intersubjetivo de intereses privados entre las partes y en el cual al juez sólo le cabe un papel de mero observador hasta el momento de dictar sentencia, el nuevo Código consagra un cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez respecto del proceso y el sentido tradicional en que se ha entendido el principio dispositivo o de justicia rogada que inspira nuestro actual proceso civil, sin por ello derogarlo, sino al contrario, manteniendo su plena vigencia. Así, por ejemplo, la iniciativa del proceso civil, la determinación del objeto del mismo, la aportación de pruebas –salvo excepciones– y la utilización de los medios de impugnación corresponden exclusivamente a las partes.

En cuanto al impulso y dirección del proceso, el nuevo Código otorga un rol protagónico y activo al juez, pudiendo adoptar de oficio las medidas necesarias para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de conducirlo, sin dilaciones indebidas, a la justa decisión del conflicto.

Por otra parte, se le confiere un mayor protagonismo en el conocimiento de los asuntos, dotándolo de la facultad de decretar, hasta la audiencia preliminar, diligencias de prueba para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, pero respetando siempre el derecho de defensa de las partes. Se ha estimado que la determinación de la verdad de los hechos sometidos a juzgamiento, es un presupuesto indispensable de una sentencia que resuelva el

conflicto en forma justa y, por ello, no cabe escatimar a ese respecto la intervención del Juez"[28].

El PCPC concreta este importante objetivo en el siguiente articulado:

Art. 288.- ***Iniciativa probatoria.*** *Las partes podrán ofrecer los medios de prueba de que dispongan y solicitar al juez que ordene, además, la generación u obtención de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas sino de un órgano o servicio público, de terceras personas o de la contraparte, tales como documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado. Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. En ejercicio de este derecho, las partes podrán solicitar, en el mismo acto, una contraprueba a la solicitada por el tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 290.*

A juicio del Instituto Panamericano de Derecho Procesal este artículo sería inconstitucional, por dos motivos principales:

i) Viola el debido proceso en lo que atañe a la imparcialidad de los jueces. En efecto, al autorizar la intervención del juez en la producción de la prueba pierde éste la equidistancia en relación a las partes. Este tipo de facultades de oficio no se autorizan ni siquiera en el proceso penal, donde ni los jueces de garantía ni los del tribunal oral pueden decretar pruebas a favor de una o más partes, estando reservada esta competencia al Ministerio Público, sea de oficio, sea a petición de la parte querellante.

Cerrando el argumento, se concluye que las medidas probatorias benefician necesariamente a algunas de las partes, por lo que su decisión afecta la imparcialidad en la administración de la justicia civil y comercial, especialmente en la dictación de la sentencia[29].

ii) Viola el debido proceso en lo que dice relación con la igualdad de las partes. La prueba que disponga el juez afecta las reglas pre-determinadas de la carga de la prueba, base sobre las cuales las partes formularon su demanda y defensa. El no beneficiado por la medida queda así en posición de desigualdad. Se arguye que, por lógica, *"la prueba decretada por el juez va a acreditar o desacreditar las afirmaciones de una parte o de la otra. Por ello, es indudable que nunca se decreta en abstracto, con imparcialidad"*[30].

[28] Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), pp. 17-18.
[29] INPCPC, pp. 2-3.
[30] INPCPC, p. 5.

Es lo que, en la práctica, se ha visto en materia laboral y de familia, donde *"al tomar estas decisiones se conoce irremediablemente que el juez ya tomó partido por una de las partes"*. Es más, se agrega, *"el mismo lenguaje del proyecto lo deja bastante claro: si el juez decreta prueba, la parte afectada puede oponerse (pelear contra el juez que prueba) y/o complementar su ofrecimiento de prueba u ofrecer contraprueba (la que procede contra la prueba de la contraria). Por ello, sin necesidad de leer entre líneas del proyecto, en este supuesto, se pelea (sic) claramente contra el juez"*[31].

Los críticos discuten además un hecho destacado por los autores del PCPC: que la tendencia del derecho procesal contemporáneo sea otorgar facultades probatorias de oficio a los jueces. Afirman que una de las legislaciones modelos para la reforma chilena, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, contiene fuertes limitaciones a estas facultades, que en la práctica vuelven muy difícil su aplicación.

2) Carga probatoria dinámica

Ya hemos visto cuál es la justificación que el PCPC da a esta institución. No obstante, su crítica, ya resaltada por los profesores de derecho civil, se vuelve a reformular desde el enfoque procesal. Varias son las imputaciones:

i) La carga dinámica de la prueba, tal como ha sido regulada por el art. 294 del PCPC, altera el sistema de presunciones legales del derecho civil[32].

ii) El instituto indicado afecta el derecho a la libertad probatoria y el derecho a defensa, desde que *"priva a cada una de las partes del control de su estrategia de defensa en juicio, obligándola en la práctica a realizar actuaciones que pueden resultar absolutamente contrarias a sus propios intereses"*[33].

iii) La carga dinámica puede ocasionar la pérdida de la presunción de inocencia, dado que el juez tiene la posibilidad de cargar a una de las partes con la producción de una prueba que puede ir en contra de sus propios intereses. Se argumenta que, de este modo, *"se infringe el principio elemental que nadie puede ser obligado a ir en contra de su propio interés o que nadie puede ser obligado a perjudicarse"*[34].

iv) La institución objetada afecta sin justificación la relación de confianza que existe entre el abogado y su representado, pues puede forzar al primero a aportar pruebas que van en contra de los intereses del segundo[35].

[31] *Ibidem.*
[32] INPCPC, p. 6.
[33] INPCPC, p. 8.
[34] INPCPC, p. 8.
[35] INPCPC, p. 9.

v) La carga dinámica atenta contra el principio de imparcialidad, debido a un mal entendimiento de lo que significa la igualdad, que lleva a proteger a aquella parte que se considera que está en desmedro de la otra[36].

vi) El instituto cuestionado priva a las partes de la previsibilidad de las obligaciones en materia probatoria, pues no respeta la regla de que la carga de la prueba ha de ser establecida con anterioridad al pleito[37].

3) Sistema recursivo

3.1) Recurso de apelación

El Mensaje defiende el nuevo diseño del recurso de apelación invocando las razones que siguen:

"En esta materia, el Código realiza una reforma profunda al sistema recursivo actualmente vigente que refleja simplicidad y eficiencia, a la vez que un justo equilibrio entre tales aspiraciones y el debido proceso.

Así, en cumplimiento del mandato contenido en los tratados internacionales y la interpretación de las cortes internacionales sobre el contenido del denominado "derecho al recurso", se consagra un recurso de apelación amplio, con revisión por el tribunal superior tanto de los hechos como del derecho, pero sin que ello importe la repetición de una nueva instancia o grado jurisdiccional que ha pasado a ser el concepto sustituto, en el cual se contemple la reanudación del debate y rendición de nuevas pruebas.

Con todo, en aras de la concentración del proceso, se establece una enumeración taxativa de las resoluciones apelables, las que, en general, deben ser resoluciones que ponen término al juicio o resuelven el conflicto. De este modo, se evita la proliferación de apelaciones respecto de resoluciones de mero trámite que importe una dilación del proceso, más propio de los procedimientos del sistema de lato conocimiento y desconcentrado que se sustituye.

Se elimina el recurso de casación en la forma cuyas causales de nulidad se funden en la regulación del nuevo recurso de apelación que pierde su tradicional condición de recurso de mérito, para asumir, simultáneamente, la condición de recurso de nulidad" [38].

[36] *Ibidem.*
[37] INPCPC, pp. 9-10.
[38] Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), p. 23.

El PCPC regula en el título tercero del libro tercero el nuevo recurso de apelación, siempre en el cuadro de las disposiciones comunes a todo recurso (título primero del libro tercero), en que se explicita el derecho al recurso:

Art. 359.- *Derecho de recurrir.* *Las partes tendrán derecho a recurrir en contra de las resoluciones judiciales que les causen agravio sólo en los casos previstos en este Código, salvo norma especial en contrario.*

Art. 379.- *Objeto del recurso.* *El recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo, que enmiende o revoque conforme a derecho la resolución del inferior, total o parcialmente, con base precisa en las pretensiones, excepciones o defensas formuladas en su caso, ante el tribunal inferior.*

Podrá alegarse además, o bien exclusivamente, la infracción a normas que consagren derechos o garantías procesales cometidas en primer grado jurisdiccional, para obtener la invalidación del juicio y de la resolución respectiva o solamente de ésta, y ello por las causales específicas señaladas en este Título. En este último caso el recurrente expresará en capítulos separados los motivos que justifiquen la enmienda o revocación, de aquellos que justifiquen la invalidación del juicio y de la resolución respectiva o sólo de esta. Con todo, la pretensión de enmienda o revocación, sólo se podrá hacer valer en subsidio de la de invalidación.

Art. 381.- *Causales específicas del recurso.* *Cuando el recurso de apelación se fundamente en la infracción a las normas que consagren derechos o garantías procesales cometidas en el primer grado jurisdiccional, deberá alegarse y configurarse una o más de las siguientes causales:*

a) Que la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, carente de jurisdicción o no integrado por jueces designados de conformidad a la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez al que la ley le prohibiere intervenir en razón de haberse declarado o encontrarse pendiente su declaración de inhabilidad en conformidad a la ley; y cuando hubiere sido pronunciada por un juez con infracción a lo previsto en el artículo 202.

b) Que la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio;

c) Que en la sentencia definitiva se hubieren omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 206 números 4), 5) 6), en los casos que ellos fueren exigibles, y 7), o bien, que en las sentencias interlocutorias se hubiere omitido su fundamentación al tenor de lo previsto en el artículo 205;

d) Que la sentencia se hubiere dictado ultrapetita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extrapetita, esto es, 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;

e) Que la sentencia contenga fundamentos o decisiones contradictorios;

f) Que se hubiera omitido el emplazamiento del demandado en la forma prevista en el artículo 260 o la citación de las partes para la audiencia preliminar o para la audiencia de juicio;

g) Que se hubieran rechazado diligencias probatorias ofrecidas oportunamente, hubieren sido rechazadas en forma indebida o se hubieren rendido esas diligencias en una forma no prevista en la ley; y,

h) Que, en general, no se hubiere respetado los derechos y garantías procesales de las partes, dejándolas en la indefensión.

No será admisible el recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia definitiva cuando se funde en un vicio o causal específica de impugnación que ya hubiere sido objeto de un recurso de apelación deducido en contra de una sentencia interlocutoria durante el procedimiento.

La crítica del Instituto Panamericano de Derecho Procesal es bastante puntual. Se basa en la falta de consistencia del diseño del recurso atendida la aplicación del principio de oralidad e inmediación de la reforma, lo que eventualmente puede afectar la lógica del derecho al recurso:

"Como los jueces de segunda instancia no han participado en las audiencias, ni recibido las declaraciones de testigos y peritos, y no obstante que les corresponde revisar los hechos del juicio, tales jueces no tendrán otra información para formular su decisión, que las actas de registro de esos antecedentes que puedan compulsar, lo que haría, sostienen, que el procedimiento en el segundo nivel se transformara en escrito. Como el proyecto no contempla la relación en esa instancia, se haría más difícil para el tribunal el conocimiento de los antecedentes fácticos que debe apreciar.

En la redacción del texto debe precisarse que se podrán impugnar todos los hechos se la sentencia que la parte apelante considere necesario para la defensa de sus derechos"[39].

El argumento no es lo suficientemente explícito en cuanto a las repercusiones que estas premisas podrían tener en el derecho al recurso, elemento esencial de la garantía constitucional del debido proceso. Pero no es difícil inferir dicha posibilidad a partir de la lógica de lo recién expuesto.

[39] INPCPC, p. 11.

3.2) Recurso extraordinario

Ya conocemos la justificación del recurso extraordinario en el Mensaje, así como su regulación en el articulado del PCPC. También en este aspecto, la crítica procesalista no se deja esperar.

i) Desde el punto de vista funcional y orgánico, el recurso extraordinario supone la transformación absoluta de la Corte Suprema. Cesa de ser un tribunal de casación con competencia para el control de la correcta aplicación del derecho por parte de las Cortes de Apelaciones, a fin de convertirse en un órgano garante únicamente de ciertas cuestiones de constitucionalidad. Una mala copia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica.

Permítasenos transcribir, aunque resulte extenso, la cita en que se aborda esta crítica, por el interés que suscita su lectura.

"Nos parece de mucha gravedad, la eliminación del recurso de casación ante la Corte Suprema. Este ha sido sustituido por un recurso extraordinario contemplado en los arts. 405 y siguientes del Proyecto, el cual procede en contra de la sentencias de segunda instancia.

Esto significa (...) introducir en nuestro sistema de derecho continental o romanista una institución propia de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica, sin tener en cuenta la enorme diferencia del sistema de organización de poderes en ese país. En este país, que está organizado como una federación de estados, existen numerosos tribunales intermedios entre la Corte Suprema –que es un tribunal Constitucional– y el tribunal de primer grado, que permiten cumplir la función del control de la ley. Estos van desde las tribunales de primera instancia, pasando por Cortes de Apelaciones y terminando en Cortes Supremas en cada Estado, sin considerar tribunales federales y otros. Esto permite que esta Corte se componga sólo de un juez presidente (*Chief Justice*) y de apenas ocho jueces asociados (*Associate Justices*), en una nación de más de trescientos millones de habitantes.

La Corte Suprema de los Estados Unidos posee la facultad de revisión judicial y la facultad de declarar inconstitucionales leyes federales o estatales y actos de los poderes ejecutivos federales y estatales. Atendidas estas funciones, la Corte Suprema puede actuar como un garante de la Constitución –control de constitucionalidad propio de un Tribunal Constitucional– aunque se le critica que tenga un rol casi de colegislador, al ir más allá de la labor de interpretación creando nuevas normas jurídicas. En cambio, Chile es un país unitario y que tiene su propio Tribunal Constitucional.

Si se elimina el recurso de casación como lo hace el Proyecto, no existirá ningún tribunal que sea garante de la recta aplicación e interpretación de la

ley respecto de lo que decidan los jueces del fondo, esto es, los juzgados de primera instancia y Cortes de Apelaciones.

En efecto, el recurso extraordinario, concebido por el Proyecto, procede sólo si concurre un interés general y éste existe si se ha infringido un derecho o garantía fundamental, consagrado en la Constitución o en tratados internacionales. O para fijar, uniformar o aclarar una jurisprudencia. Es decir, se priva a la Corte Suprema en un tribunal de conocer de la correcta aplicación del derecho por las Cortes de Apelaciones. Su rol se limitará simplemente a constatar si se infringieron garantías constitucionales, es decir, conocerá sólo de cuestiones de hecho, perdiendo el control de legalidad sobre la totalidad de los tribunales del país"[40].

ii) Desde la perspectiva interorgánica, el recurso extraordinario implica transformar a la Corte Suprema en un órgano análogo al Tribunal Constitucional, generando una cierta duplicidad de funciones, innecesaria para un país como Chile, que, como es tradición en los países de derecho continental, ya cuenta con un órgano constitucional de jurisdicción concentrada, aunque no exclusiva. En nuestro país, al igual que en Francia, Italia, Alemania o España, la función propia de un tribunal constitucional no es efectuada por la Corte Suprema[41].

iii) En cuanto a su conocimiento, el recurso extraordinario es un mecanismo facultativo para la Corte Suprema, lo que, para los objetores, resulta arbitrario. Una cosa es "filtrar" los recursos infundados o con defectos graves, y otra muy distinta es decidir qué conocer y qué no de acuerdo al criterio abierto del interés general. En el fondo, al poder calificar si un determinado caso es o no de interés general, con condiciones abiertas de aplicabilidad y sin oír a las partes, se está entregando al máximo tribunal la disposición del derecho al recurso[42].

4) Ejecución provisional de las sentencias de condena

Se trata de otro instituto polémico. En el Mensaje se dedica una extensión no menor para justificar su existencia:

"A diferencia de lo que ocurre hoy, el proyecto consagra como principio y regla general, la posibilidad de solicitar, sin necesidad de rendir caución, el cumplimiento y ejecución inmediata de las sentencias de condena, aun cuando existan recursos pendientes en su contra. Los recursos, por su parte y como regla de principio, no tienen efecto suspensivo.

[40] INPCPC, pp. 14-15.
[41] INPCPC, p. 16.
[42] *Ibidem.*

A esta modalidad de ejecución, tomada de la legislación española, se le denomina "ejecución provisional" y ella viene a reemplazar el actual procedimiento de cumplimiento incidental de las sentencias. Se justifica en la particularidad que presenta la sentencia como título ejecutivo que surge como consecuencia de un debate anterior entre las partes, en el seno de un procedimiento declarativo previo, llevado a cabo con todas las garantías procesales.

Junto con fortalecer el rol del juez de primer grado, la opción por este procedimiento se sustenta en recientes datos estadísticos conforme a los cuales una gran mayoría de las sentencias que se dictan no son impugnadas y, de las que a su turno lo son, también una elevada mayoría son confirmadas por las Cortes.

La consagración de esta institución no viene sino a reconocer lo que ocurre en la actualidad, por cuanto, no obstante que el Código de Procedimiento Civil establece como regla general el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas y la apelación en ambos efectos, la cantidad de excepciones a dicho principio ha importado, en la práctica, una aplicación inversa de esta regla. Esto es, predominan hoy las sentencias que causan ejecutoria y que como tales, pueden cumplirse antes de encontrarse firmes o ejecutoriadas.

De esta manera, la regla general será que las sentencias de condena puedan ejecutarse inmediatamente en un procedimiento ejecutivo autónomo. Sin embargo, en dicho procedimiento las posibilidades de oposición del ejecutado son aun más restringidas que respecto de otros títulos ejecutivos no jurisdiccionales y la demanda de oposición no suspenderá en caso alguno el curso de la ejecución.

Ahora bien, como contrapartida de lo anterior, el procedimiento de ejecución provisional regula en detalle causales de oposición tanto al procedimiento de ejecución provisional mismo, como a actuaciones específicas de ejecución, así como la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios en caso que se haya ejecutado una sentencia que posteriormente resulte revocada por la Corte. Junto a lo anterior, se mantiene la posibilidad de solicitar ante las Cortes orden de no innovar en términos similares a los actualmente vigentes"[43].

La ejecución provisional de la sentencia se concreta en un articulado orgánico, que transcribimos en lo pertinente:

Art. 234.- Ejecución provisional. *Las sentencias definitivas de condena, una vez notificadas a todas las partes, podrán ser cumplidas provisionalmente conforme a las disposiciones siguientes.*

[43] Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), pp. 24-25.

Art. 235.- Legitimación. *Salvo las excepciones legales, quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia definitiva de condena dictada en cualquier grado jurisdiccional podrá, sin necesidad de rendir caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a las normas previstas en el procedimiento ejecutivo.*

Art. 236.- Sentencias no ejecutables provisionalmente. *No serán, en ningún caso, susceptibles de ejecución provisional:*

1. Las sentencias constitutivas y las declarativas, salvo los pronunciamientos condenatorios que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso.

2. Las sentencias que condenen a suscribir un acto o contrato.

3. Las sentencias o laudos arbitrales.

4. Las resoluciones en contra de las cuales se hubiere concedido un recurso que comprenda un efecto suspensivo o respecto de la cual se hubiere concedido una orden de no innovar que impidiere su cumplimiento.

5. Los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que se dicten en favor de quienes se encuentren declarados en quiebra, en cesación de pagos o sometidos a un convenio regulados en el Libro IV del Código de Comercio, a menos que se rinda caución en dinero efectivo suficiente, en los términos dispuestos en los artículos 175 y 176.

Dicha caución gozará de preferencia para responder de todas las restituciones y perjuicios que debieren efectuarse o hacerse efectivos en caso de anularse o dejarse sin efecto la ejecución provisional.

6. Las demás sentencias que indique expresamente la ley.

Art. 237.- Reglas de la ejecución provisional. *La ejecución provisional de las sentencias de condena se sujetará a las mismas reglas previstas para las sentencias ejecutoriadas en el procedimiento ejecutivo, con excepción de las disposiciones previstas en este Capítulo.*

Art. 238.- Demanda de oposición a la ejecución provisional. *La demanda de oposición a la ejecución provisional podrá fundarse, únicamente, en las siguientes causales:*

1. En que la sentencia no admite ejecución provisional.

2. En que fuere imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior a la ejecución provisional en caso que la sentencia de condena a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega de una especie o cuerpo cierto fuere revocada.

Si no concurriere la imposibilidad alegada, el juez podrá ordenar al que hubiere solicitado el cumplimiento, que rinda caución suficiente para garantizar el pago de los perjuicios en caso de revocarse la sentencia.

La caución deberá constituirse en la forma prevista en los artículos 175 y 176. Si la sentencia fuese de condena a dar una cantidad de dinero, el ejecutado sólo podrá oponerse a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando dichas actuaciones puedan ocasionar una situación difícil de restaurar o de compensar.

Al formular esta demanda de oposición a medidas ejecutivas concretas, el ejecutado deberá indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone.

3. En una o más de las causales de oposición previstas en el procedimiento ejecutivo regulado en este Código, siempre que ellas consten en un antecedente escrito y se sustenten en hechos acaecidos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia que se pretende ejecutar.

Art. 239.- Decisión sobre la oposición a la ejecución provisional y a medidas ejecutivas concretas. *De acogerse la demanda de oposición fundada en la causal prevista en el primer párrafo del número 2° del artículo precedente, el tribunal suspenderá la ejecución subsistiendo los embargos y las demás medidas adoptadas para garantizar la ejecución.*

De acogerse la demanda de oposición fundada en la causal prevista en el párrafo cuarto del numeral dos del artículo precedente, proseguirá el procedimiento de apremio en todo lo demás.

Art. 240.- Confirmación de la resolución provisionalmente ejecutada. *Confirmada y ejecutoriada la sentencia de cuya ejecución provisional se trata, la ejecución continuará con carácter definitivo en lo que se encontrare pendiente, siendo plenamente eficaces todas las actuaciones que se hubiesen verificado conforme a derecho durante la ejecución provisional.*

Habida cuenta de lo precedente, el Instituto Panamericano de Derecho Procesal ha formulado las siguientes críticas:

i) Es absurdo que los recursos, como regla de principio, no tengan efecto suspensivo. Atendida la naturaleza de los asuntos que se resuelven, no es razonable que las sentencias de primera instancia en los procesos ordinarios y sumarios puedan ser cumplidas, no obstante existir recursos pendientes. La ejecución provisional afecta aquí el derecho al debido proceso.

Los críticos convienen en que es positivo que ciertas resoluciones admitan su cumplimiento forzado a pesar de existir recursos pendientes en su contra. Es el caso de lo que la actual legislación denomina resoluciones que causan ejecutoria, como los autos y decretos, las sentencias definitivas de primera instancia de los juicios ejecutivos y las sentencias de segunda instancia pronunciadas por las Cortes de Apelaciones, cuando hay recursos pendientes ante la Corte Suprema.

El criterio estadístico aducido por el Mensaje para incorporar la ejecución provisional de las sentencias condenatorias de primera instancia, aun cuando fuera comprobado, no se justifica, porque lo que está en juego es el derecho al debido proceso[44]. No se soluciona el problema insertando causales de oposición, tanto al procedimiento de ejecución provisional, como a actuaciones específicas de ejecución[45], puesto que son, en la práctica, muy limitadas, y, con habitualidad, muchas veces ilusorias.

[44] Esta crítica a la ley de la probabilidad de los números o estudios estadísticos como criterio prevalente de diseño jurídico-procesal ha sido sostenida por Romero, Alejandro (2012): *"¿Ejecución Provisional Sin Caución? (El Proceso y los Dados)"*, (pro-manuscrito), 26 pp.

[45] V. gr., el artículo 241.- *Si la sentencia ejecutada provisionalmente fuere revocada, modificada o anulada, se dejará sin efecto la ejecución, debiendo retrotraerse el proceso al estado anterior a ésta. Con todo, si la revocación, modificación o anulación fueren parciales, el juez regulará prudencialmente los términos en que el proceso deba volver al estado anterior.*

Quien hubiere solicitado la ejecución provisional deberá proceder a la devolución de lo percibido, en su caso, y estará obligado a compensar los perjuicios ocasionados al ejecutado con motivo de la ejecución, según las reglas siguientes:

1. Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara, modificara o anulara totalmente, el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, así como reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado. Si la revocación, modificación o anulación de la sentencia fuese parcial, sólo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar dicha diferencia, desde el momento de la percepción y hasta la devolución efectiva. En ambos casos, procederá el pago de interés corriente para operaciones de crédito de dinero no reajustables.

2. Si la resolución revocada, modificada o anulada, hubiere condenado a la entrega de un bien determinado, se restituirá éste al ejecutado, bajo el mismo título con que se hubiere poseído o tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien. Si la restitución fuese imposible, de hecho o de derecho, el ejecutado podrá pedir que se le indemnicen los daños y perjuicios causados.

Si la sentencia revocada, modificada o anulada contuviese condena a una obligación de hacer y ésta hubiere sido realizada, se podrá pedir que se deshaga lo hecho, de ser ello posible, y, en todo caso, que se indemnicen los daños y perjuicios causados.

3. El tribunal que hubiese decretado la ejecución provisional deberá dictar todas las resoluciones que sean pertinentes para los efectos de dar cumplimiento a las medidas de restitución contemplada en los números precedentes".

ii) La facultad de solicitar indemnización de perjuicios en caso de que la sentencia ejecutada resulte revocada[46] no parece una buena solución. A quien obtuvo en segunda instancia se le impone la carga de iniciar otro procedimiento para alcanzar lo que pretendía en el juicio original, además de la incertidumbre y demora de la controversia sobre indemnización de perjuicios[47].

Parece claro que, por las razones expuestas, la ejecución provisional de la sentencia de condena, elevada a principio, no deja de tener repercusiones negativas para la plena efectividad del derecho al debido proceso.

5) Procedimientos de ejecución

Dada la actual congestión de causas en los juzgados civiles, debida principalmente a los procedimientos ejecutivos, el PCPC adopta soluciones imperativas, convirtiendo estos últimos en un trámite administrativo con control judicial. El Mensaje lo justifica en los siguientes términos:

"La importancia de la ejecución como parte del derecho a la tutela judicial y garantía el debido proceso es, sin duda, máxima. En la práctica, el valor de las soluciones y el real restablecimiento de la paz social ante la vulneración de derechos, se encuentra estrictamente vinculado por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que las determinan, sujeto, empero, al riesgo constante que importa por el contrario, la incapacidad del sistema de imponer dicho cumplimiento, posibilidad que conduce a su irreparable desacreditación.

Por ello, hemos optado por destacar su importancia, aspirando a instaurar en Chile un sistema que cumpla efectivamente con una ejecución eficaz, mediante el establecimiento de un procedimiento ejecutivo idóneo y rápido para el cobro de los créditos consignados en títulos a los que la ley otorga fuerza ejecutiva, sean jurisdiccionales o extrajurisdiccionales y que, al mismo tiempo, proteja y garantice los derechos de las partes.

Si bien la actividad ejecutiva, como en su momento lo fue la fase de investigación en el proceso penal, ha sido concebida tradicionalmente como parte de la jurisdicción y de los momentos jurisdiccionales, siguiendo las modernas tendencias en la materia, el Código hace una firme opción por una descentralización de esta función que permita descongestionar y descargar a los tribunales civiles de una labor que en gran parte no les es propia y que produce

[46] Art. 241 in fine.- *"El ejecutado podrá hacer valer el derecho de indemnización por daños y perjuicios a que se refieren los numerales anteriores en el proceso en el cual se pronunció la sentencia cuya ejecución provisional se dejare sin efecto total o parcialmente, en el plazo y de acuerdo al procedimiento establecido en el inciso penúltimo del artículo 177".*

[47] INPCPC, pp. 12-14.

un desgaste jurisdiccional inútil, pero sin que ello signifique en caso alguno una desprotección para las partes, cuyos derechos estarán permanentemente cautelados por la jurisdicción.

Con dicho objeto, se crea la figura del oficial de ejecución, como profesional encargado de llevar adelante todas las actuaciones de apremio, incluido el embargo, pero sometido siempre a un control permanente del juez. Asimismo, cada vez que exista oposición fundada a la ejecución o la interposición de tercerías, el procedimiento se judicializará debiendo ser el tema resuelto por el juez competente.

Así, la ejecución constituirá, simplemente, un trámite administrativo bajo permanente control jurisdiccional, confiado a un funcionario denominado oficial de ejecución, cuya naturaleza, facultades, prohibiciones y régimen disciplinario serán regulados en una ley especial, proyecto que será presentado prontamente a este H. Congreso.

Adicionalmente, impulsaremos las reformas necesarias consecuentes con el nuevo modelo propuesto"[48].

Lo que se cuestiona en este punto no es la necesidad de descongestionar los juzgados civiles –en lo que existe consenso– sino que la solución adecuada sea la figura del oficial de ejecución (artículos 422 y 431 PCPC, entre otros) en vez de juzgados de cobranza especializados, con derechos de litigación, dado que su utilización mayoritaria beneficiará a los bancos e instituciones financieras. ¿Se justifica aquí la gratuidad?

A todo evento, si en definitiva se opta por el instituto del oficial de ejecución, debe proveerse a la garantía de los derechos no solo de los ejecutantes, sino también de los deudores y ejecutados, para lo cual se recomienda:

a) Exigir la asistencia letrada, para evitar la indefensión, dado que el artículo 422 del PCPC no lo hace[49].

b) Señalar que el oficial de ejecución debe ser abogado, atendido los datos legales que hay que manejar para discernir la juridicidad del remate forzado de bienes. El artículo 422 no hace imperativo este carácter.

[48] Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), pp. 25-27.

[49] **Art. 422.- *De la ejecución.*** *El procedimiento de ejecución comenzará mediante una solicitud que, sin necesidad de representación letrada, presentará el interesado al oficial de ejecución.*

c) Incorporar las causales de oposición que se han omitido en el artículo 434 del PCPC[50], a fin de dar mayor garantía al derecho de defensa. Tales causales son la nulidad de la obligación y la falta de requisitos del título.

La solución contra la defensas dilatorias o infundadas se resuelve con una mayor severidad en la condena en costas, no con la reducción de las excepciones o defensas. Aquí el PCPC parece alejarse de los objetivos garantísticos que dice perseguir. Mutatis mutandis debe afirmarse algo análogo del procedimiento monitorio (arts. 539-540 PCPC).

Por otra parte, a los objetantes les parece que el PCPC cae en una eventual inconstitucionalidad al concebir la ejecución como un trámite meramente administrativo, en circunstancias que en nuestro sistema, de acuerdo al artículo 76 de la Constitución Política, la facultad de *"hacer ejecutar lo juzgado"* es parte de la jurisdicción y pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley[51].

Todos los puntos precedentes nos dan pie para formular una crítica general al PCPC desde la perspectiva del respeto pleno a los derechos que se garantizan en nuestra Constitución. Es lo que hacemos en el siguiente ítem.

3) Algunas observaciones constitucionales de orden general al PCPC

1. El respeto y la vigencia de los derechos fundamentales como premisa condicionante de los cambios propuestos en el proyecto de ley.

El Mensaje presentado por el Presidente de la República proclama varios principios y ejes centrales, destacando que, en su conjunto, todos ellos apuntan a *"que por sobre todo, [se] vele por el respeto y vigencia de los derechos constitucionalmente protegidos"*[52]. Este *"propósito de coherencia"*[53] se plasma de modo reiterado en muchísimos pasajes del aludido proyecto[54].

---

[50] **Art. 434.- Causales de oposición.** *El ejecutado podrá fundamentar su demanda de oposición en las siguientes causales, sea que afecten a la totalidad de la deuda o a una parte de ella:*
1. Pago total o parcial de la deuda;
2. Prescripción o caducidad de la acción ejecutiva;
3. No empecer el título al ejecutado;
4. Transacción, conciliación o avenimiento;
5. Cosa juzgada, y
6. Falsedad del título ejecutivo.
Por el solo ministerio de la ley, se entenderá reservado el derecho del ejecutado para hacer valer, en un juicio declarativo posterior, los derechos y alegaciones no contemplados dentro de las causales de oposición previstas en este artículo.

[51] INPCPC, pp. 17-19.

[52] Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), p. 16.

[53] *Ibidem*, p. 4.

[54] *Ibidem*, pp. 5-6, 11, 12, 15, 17, 23 y 31.

Así, por ejemplo, el Mensaje afirma que "*el interés y esfuerzo de todos los que han participado en este proceso, especialmente de los miembros de la Comisión Intraministerial, permitirá que Chile cuente con un resguardo escrupuloso de los derechos fundamentales de sus habitantes, provocando mayores niveles de inclusión y acceso al sistema de justicia*"[55].

Pareciera que el aludido propósito, ampliamente proclamado, no se condice con la realidad de ciertas instituciones establecidas en el PCPC, según se ha advertido en los puntuales cuestionamientos precedentemente expuestos.

2. Los fines principales y subalternos del proceso civil promovidos por el proyecto de nuevo Código.

Es palmario que además del propósito declarado como eje central del proyecto –la efectiva tutela de los derechos fundamentales– también éste articula el objetivo público de lograr una justicia rápida, pronta, cumplida y eficaz en cuanto a la rapidez con que deben ser afinados los distintos procedimientos. Estos son proclamados de manera explícita en el texto del Mensaje y, junto con dar lugar a otros objetivos subalternos, también se desprenden inequívocamente de algunas de las propuestas emprendidas por el nuevo Código.

Así, el proyecto indica expresamente que el Código vigente pretende ser reemplazado "*por un sistema nuevo en el que se asume que, en todo proceso civil hay un interés público comprometido en obtener una resolución rápida, eficaz y justa del conflicto y, por ende, se ordene a la generación de las condiciones necesarias para una convivencia social pacífica*"[56]. En esta misma línea, asume que las experiencias comparadas de mayor éxito llevadas a cabo pretenden "*la consecución de una tutela judicial más cercana al ciudadano, rápida, eficaz, de calidad*"[57], junto con asegurar la tutela de los derechos de las personas.

Estos objetivos de política pública aparecen justificados en el diagnóstico fáctico-probabilístico de que "*el sistema de enjuiciamiento civil y comercial presenta altos niveles de retraso, un altísimo número de ingresos de causas que aumentan exponencialmente año a año, especialmente con la presentación de demandas de cobro ejecutivo y preparaciones de la vía ejecutiva*"[58].

De estos fines de política pública, de orden general, el Mensaje deriva asimismo otros objetivos subalternos de política sectorial –vr. gr., los cometidos funcio-

[55] *Ibidem*, p. 12.
[56] *Ibidem*, p. 17.
[57] *Ibidem*, p. 16.
[58] Ibidem, p. 13. Se añade al diagnóstico constatado la crítica de *obsolescencia: "el actual modelo civil de respuesta jurisdiccional, se caracteriza por la existencia de procedimientos innecesariamente múltiples, excesivamente formalistas, escriturados y mediatizados –obstaculizando la relación directa entre el juzgador, las partes y los demás intervinientes–, con rigideces probatorias y un sistema recursivo injustificadamente amplio que sólo contribuye al retraso del iter procesal y dan cuenta de su obsolescencia".*

nales del proceso[59]– que se ven reflejados, a modo ilustrativo, en los propósitos de lograr el "*[f]ortalecimiento de la sentencia y rol del juez de primer grado jurisdiccional*"[60] en el ámbito de la ejecución, y "*una racionalización del sistema de impugnaciones*"[61] atribuido hoy –según el Proyecto– a un diseño "*recursivo injustificadamente amplio que sólo contribuye al retraso del iter procesal*"[62].

Es claro que los aludidos objetivos sociales son así proclamados como ejes articuladores del Mensaje que deben ser conciliados con el efectivo resguardo de los derechos fundamentales. El punto es si lo logra.

3. A modo de conclusión: el anillo que no le viene al dedo.

Habiéndose expuesto los objetivos generales y subalternos de política pública plasmados en el proyecto, cabe referirse a los medios que la iniciativa legal ha previsto para alcanzar tales fines sectoriales.

Para el *"fortalecimiento del rol del juez de primer grado"*, el Mensaje consagra como *"regla general, la posibilidad de solicitar, sin necesidad de rendir caución, el cumplimiento y ejecución inmediata de las sentencias de condena, aun cuando existan recursos pendientes en su contra"*.

Por su parte, a fin de *"racionalizar el sistema recursivo"*, el Proyecto propone reemplazar "*el actual recurso de casación en el fondo, por un recurso extraordinario a través del cual se fortalece el rol de la Corte Suprema como máximo tribunal de la República encargado de preservar los derechos fundamentales y de dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los tribunales del país*"[63].

Con tal objeto, la Corte, afirma el Mensaje, "*podrá avocarse al conocimiento de un asunto siempre que concurra un interés general que haga necesaria su intervención y ello con base en un sistema amplio de tipificación de causales que justifiquen ese interés general*"[64]. Los instrumentos procesales adoptados son solo algunos de los ejemplos, escogidos a modo meramente ilustrativo, que el Proyecto ha previsto para procurar alcanzar los fines públicos proclamados.

---

[59] Del Rio, Carlos (2012): *"Estudio sobre el derecho al recurso en materia penal"*, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, p. 248, donde señala que de *"la aplicación correcta del Derecho al caso concreto como finalidad del proceso jurisdiccional, se sigue la necesidad de que el mismo deba contemplar todos los medios técnicos adecuados a ese propósito, vale decir, destinados a maximizar lo más posible el cometido funcional del proceso"*.

[60] Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil (Mensaje 004-360, 12 de marzo del 2012), p. 24.

[61] *Ibidem*, p. 16.

[62] *Ibidem*, p. 13.

[63] *Ibidem*, p. 23, ya citado.

[64] *Idem*.

Estimamos de interés exhibir la adecuación entre los medios adoptados y los fines perseguidos, como asimismo el equilibrio logrado en el diseño entre los aludidos objetivos con el respeto y vigencia de los derechos fundamentales como premisa fundante del Mensaje.

Al respecto, el Mensaje es enfático en subrayar el equilibrio que ha de lograrse con ocasión de la tensión que suele generarse entre los objetivos públicos que el nuevo Código pretende promover por una parte –v. gr., rapidez, eficacia y eficiencia– y el respeto y protección de los derechos fundamentales, por otra.

Esto se ve reflejado con nitidez cuando el Proyecto afirma que "*[s]e trata de un proyecto transversal, que debe ser afrontado con la certeza que su impulso mejorará la calidad de vida de las personas, garantizando en mejor forma los derechos fundamentales en el ámbito civil y comercial, sin excepciones ni diferencias, consagrando el acceso ciudadano a un sistema procesal civil moderno que se traducirá en la pronta y cumplida administración de justicia que nuestra Constitución proclama*"[65].

Un caso ilustrativo de la aludida tensión entre los objetivos del proceso y los derechos fundamentales se exhibe en lo que se refiere al "sistema recursivo". Así, el Proyecto explicita llevar adelante "*una reforma profunda al sistema recursivo actualmente vigente*" con el propósito de lograr un justo equilibrio entre las aspiraciones de "*simplicidad y eficiencia*" y el derecho al "*debido proceso*"[66].

El problema que se advierte es que el referido equilibrio parece desvanecerse en aquellos casos en que la balanza se inclina desmesuradamente en pos de los objetivos públicos o sociales sin dejar necesariamente a salvo la vigencia de aspectos inviolables de derechos fundamentales.

Es el caso, entre otros, de la ejecución provisional de la sentencia.

Como ya se ha indicado, el proyecto contempla (en su art. 234) la posibilidad de que las sentencias de condena puedan ser ejecutadas provisionalmente aunque existan recursos pendientes en su contra. Esto, que ocurre pacíficamente en la actualidad respecto de ciertas resoluciones –autos, decretos, sentencias definitivas de primera instancia en juicio ejecutivo, entre otras– que causan ejecutoria, se haría extensivo a las sentencias de primera instancia, tanto en juicios ordinarios como en juicios sumarios (excluyendo las sentencias constitutivas, las de mera declaración y las arbitrales, entre otras).

Aparte de las objeciones ya expuestas, la cuestión central estriba en que con el afán de satisfacer un objetivo de política pública legítimo –lograr un proce-

[65] *Ibidem*, p. 16.
[66] *Ibidem*, p. 23 (por todas).

dimiento rápido y eficaz– un número indeterminado de personas tendrán que padecer el rigor de la ejecución provisional (salvo el caso de los excluidos de esta especie de ejecución) en desmedro de su derecho al debido proceso, finalidad última proclamada en el Proyecto y que queda en entredicho conforme al modelo formulado por el Mensaje.

En este sentido, un autorizado autor ha sido categórico en señalar que "*[l]as reglas jurídicas deben evitar que el Estado cause un daño patrimonial y psicológico a las personas, sobre todo cuando el mismo promotor de la idea tiene conocimiento estadístico que un porcentaje de los condenados en primera instancia no debieron ser ejecutados provisionalmente*"[67].

Se admite así que un conjunto indefinido y aleatorio de personas queden expuestas –en pos de un objetivo legítimo construido a partir de premisas probabilísticas– a soportar el rigor de una ejecución patrimonial injusta[68].

El desequilibrio se produce aquí por el lado de entender que la verdad judicial va de la mano del vencedor en primera instancia, al punto que al vencido se le puede ejecutar patrimonialmente, sin título ejecutivo perfecto ni cosa juzgada. Y ello sin contar tampoco con una garantía real y efectiva para restablecer el equilibrio roto en favor desmesurado del acreedor victorioso, como lo sería la exigencia de una caución equivalente a la prestación autorizada a anticipar provisionalmente[69].

El derecho fundamental al debido proceso queda de este modo sacrificado en el altar del objetivo público de la certeza formal y eficacia del proceso civil. Lo mismo puede decirse en cuanto a la vulneración de la proporcionada igualdad que debe existir entre las partes del proceso. Como afirma Picó i Junoy, el principio de igualdad procesal sostiene que las partes deben gozar de similares derechos, posibilidades y cargas, de tal modo que no se generen prerrogativas ni a favor ni en contra de alguna de ellas[70].

Afectación del debido proceso. Vulneración de la igualdad procesal. Ambos problemas se presentan en distintos niveles en cada una de las instituciones del PCPC cuyo cuestionamiento ha sido expuesto en este trabajo: el recurso extraordinario, las facultades probatorias de oficio, la carga dinámica de la prueba, por nombrar las más polémicas.

De no encontrar una solución adecuada a estas cuestiones, es indudable que el derecho al debido proceso y la garantía de la igualdad procesal resultarán

[67] Romero, Alejandro (2012), ob. cit., p. 8.
[68] *Idem.*
[69] Romero, Alejandro (2012), ob. cit., pp. 16-17.
[70] Picó I Junoy, Joan (2005): "El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 18, p. 48.

amagados, aunque sus efectos queden cubiertos bajo el manto de los objetivos declamatorios y de las buenas intenciones.

La Corte Suprema y la reforma procesal civil

Alejandro Romero Seguel
Decano
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de los Andes
Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Valparaíso

Resumen: El presente trabajo describe algunos de los efectos que se producirán en el funcionamiento de la Corte Suprema, si se aprueba el Código Procesal Civil. Sin explicitarlo, el legislador pretende que nuestro máximo tribunal se convierta en una suerte de corte suprema norteamericana. Tal opción incorporará un mecanismo de selección de casos, que obligará a tener que aumentar el número de jueces, relatores y personal administrativo. La misma modificación llevará a invertir la regla actual, que permite a los abogados alegar ante la Corte Suprema, a otra donde esta defensa oral será excepcional, con todo lo que ello involucra.

***

1. Modelos de Corte Suprema

En todos los Estados, cualquiera sea su sistema jurídico, existe un tribunal superior, que recibe distintos nombres: Corte de Casación (Francia, Bélgica), Tribunal Supremo (España, Alemania), Tribunal Federal (Suiza), o Corte Suprema (Inglaterra, U.S.A., Chile y demás países latinoamericanos)[1].

La función de estos tribunales superiores no tiene siempre la misma finalidad. Su competencia normalmente viene condicionada por una multiplicidad de factores. En países organizados bajo el modelo federal, la función que desempeñan es diversa de los países con modelo unitario.

Para tratar de definir el modelo al que pertenece una Corte Suprema ha sido clásico distinguir el sistema norteamericano y el proveniente de la Corte de Casación de Francia.

[1] Este trabajo se realiza dentro del marco del proyecto Fondecyt Regular: "La generación de precedentes en el proceso chileno" (N° 1110917).
Sobre este tema, WOLFE, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, tr. M. De Casas y S. Valcárcel, Madrid: Civitas, 1991.

En el sistema americano el Tribunal Supremo es concebido como el garante de la Constitución[2]. Su actuación se produce a nivel federal, mediante un mecanismo de selección de casos (*certiorari*), sin perjuicio que cada Estado cuenta con su propia organización judicial, donde existe Cortes de Apelaciones y una Corte Suprema estatal.

El tribunal Supremo americano, a través del mecanismo de selección de casos puede proceder a revisar una sentencia civil o penal, dictada por un tribunal estatal de última instancia o un tribunal de apelación.

El otro modelo de influencia en la organización de un tribunal supremo proviene del modelo francés. Como lo expone un estudio reciente de Cadiet, la justicia civil francesa se presenta bajo la forma de una pirámide que incluye tres niveles: el primer nivel corresponde a los tribunales de primera instancia que conocen del conjunto de los litigios que no han sido objeto de arreglo extrajudicial; el segundo nivel corresponde a los tribunales de apelación ante quienes se someten los fallos de primera instancia pronunciados en segunda instancia. El tercer y último nivel corresponde a la *Court de cassation,* que es el más alto tribunal en materia civil y en materia penal. Este órgano no tiene ninguna competencia en materia constitucional, que compete al Consejo constitucional, ni tampoco en materia administrativa, la que corresponde al Consejo de Estado. Según el mismo autor, no sería técnicamente una corte suprema ni tampoco un tribunal ordinario, porque, no conoce, en principio, del fondo de los asuntos. El recurso de casación se dirige a lograr que la Corte aprecie la disconformidad de la sentencia impugnada con el ordenamiento jurídico, debiendo pronunciarse sobre la legalidad y no sobre el fondo del asunto, al existir reenvio a los jueces de la instancia. En cuanto a su composición, cuenta con 153 magistrados, de los cuales 114 conocen de asuntos civiles. Funciona dividida en seis secciones[3].

Tal como se explicará, la reforma procesal civil, sin explicitarlo ni haber realizado una discusión sobre el particular, está empeñada en refundar recursivamente a la República de Chile. El Proyecto de Código Procesal Civil pretende que nuestro máximo tribunal se convierta en una suerte de Corte Suprema norteamericana.

[2] Actualmente este órgano está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y en ocho jueces (28 USC § 1). El poder para nombrar a los jueces corresponde al Presidente de los Estados Unidos, y los nombramientos se hacen con el consejo y consentimiento del Senado. Los funcionarios judiciales (u oficiales de Corte) asisten a la Corte en el desempeño de sus funciones. Estos incluyen el Consejero del Presidente del Tribunal Supremo, el Secretario, el Bibliotecario, el Mariscal, el Relator de Decisiones, el Consejo de la Corte, Curador, el Director de Tecnología de la Información, y el Oficial de Información Pública (*Información disponible* en http://www.supremecourt.gov/about/briefoverview.aspx).

[3] En esta descripción cfr. CADIET, Loic, "Sistema de la casación francesa", en *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa,* (VV.AA. cord. Ortells), Madrid: Difusión Jurídica, 2008, pp. 21-45. En la misma obra se puede consultar el estado de la cuestión en España y Alemania.

Tal objetivo se evidencia al haber optado políticamente por eliminar el recurso de casación en el fondo, introduciendo un mecanismo de selección de casos, donde ocupa un lugar relevante como agravio la infracción de la Constitución.

Como se pasa a explicar, la propuesta del Gobierno trata de introducir un cambio cultural muy profundo, que a nuestro entender no ha considerado una serie de elementos que se deben poner al tapete, porque definen el rol que juega la Corte Suprema en Chile.

2. La Corte Suprema en Chile: un órgano complejo

La Corte Suprema es el órgano máximo en la jerarquía del Poder Judicial chileno. Aunque su reconocimiento consta en distintas cartas constitucionales, ha cumplido diversos roles durante su historia[4].

En su origen tenía competencia para conocer de los recursos del sistema de impugnación del derecho castellano. Con la promulgación del Código de Procedimiento Civil, en 1902, derivaría a un tribunal de casación. En esta primera época de la codificación se concibe a la Corte Suprema como un órgano que, por su ubicación en el vértice de la estructura judicial, debía unificar la jurisprudencia[5].

Como tribunal de casación no fue organizado como una copia del modelo francés, incorporando ciertos elementos distintivos, que le dieron tempranamente su propia fisonomía en el proceso civil. La principal diferencia es haber establecido un recurso de casación en el fondo sin reenvío. Con esta solución se ha permitido a la Corte Suprema, durante más de un siglo, que aplique al caso concreto la pauta de lo que entiende por correcta interpretación de la ley, dictando una sentencia de reemplazo[6].

[4] La carta de 1818 creaba el Supremo Tribunal Judiciario; la Constitución de 1822 establecía un Tribunal Supremo de Justicia; la Carta Fundamental de 1823 declaraba que la primera magistratura judicial del Estado era la Suprema Corte de Justicia; La Constitución de 1828 disponía que el Poder Judicial reside en la Corte Suprema, Cortes de Apelación y juzgados de primera instancia. Desde la Constitución de 1828 recibe el nombre de Corte Suprema.

[5] Sobre la incorporación del recurso de casación y su evolución, entre otros, MUÑOZ GAJARDO, Sergio, "Presente y futuro de la casación civil en Chile", en *Derecho Procesal Contemporáneo*, VV.AA., Santiago: Punto Lex, 2010 (coord. R. Tavolari), pp. 90-182.

[6] La opinión de José Clemente Fabres, emitida en la discusión sobre el proyecto de ley que quería crear la Corte de Casación, sintetiza los puntos esenciales del sistema que seria aceptado luego en el CPC, al indicar: "(...) el proyecto en debate no es una imitación servil a la legislación francesa. Nos hemos separado de ella en varios puntos importantes. Así, por ejemplo, no la hemos seguido en la teoría adoptada en Francia que consideran las sentencias de la Corte de Casación como interpretación auténtica de la ley obligatoria para todos los demás tribunales. Y nos hemos separado de esta teoría por dos razones: la primera por respeto a nuestro sistema político, apoyado universalmente por la ciencia, que divide los poderes públicos y deslinda sus respectivas atribuciones. Según este principio, es al Poder Legislativo a quien corresponde interpretar la ley de una manera generalmente obligatoria para todos; de modo que

Para potenciar el cumplimiento de su rol unificador, la Ley N° 1.552, de 28 de agosto de 1902, dispuso que el recurso de casación en el fondo se conocería por el pleno de la Corte Suprema. A través de ello se estimaba se lograría el valor persuasivo que debería alcanzar la jurisprudencia para el resto de los tribunales.

Por razones vinculadas básicamente con el retardo de la Corte Suprema, el sistema descrito no duró más que tres lustros. En 1918 se inició una serie de cambios que terminarían por volatilizar el modelo original. La modificación más sustantiva se produjo durante el segundo gobierno de don Arturo Alessandri Palma. Con la promulgación de la Ley N° 5.980, de 7 de enero de 1937, que autorizó a la Corte Suprema a dividirse extraordinariamente en dos salas. La debacle del modelo original llevaría a que la unificación de jurisprudencia por décadas no fuera el elemento distintivo que justificó introducir el recurso de casación en el fondo por el codificador del siglo XIX.

Recién, con la promulgación de la Ley N° 19.374, de 18 de febrero de 1995, se inició a una nueva etapa en la organización de la Corte Suprema, con el objeto de intentar –nuevamente–, obtener la unidad de la jurisprudencia. A esta ley se debe el actual funcionamiento de la Corte Suprema en salas especializadas y el reconocimiento para que ella misma, sin sorteo anual, decida su funcionamiento y destinación de sus ministros (art. 99 COT)[7].

En lo que fue un primer injerto del modelo norteamericano, la Constitución de 1925 y luego la de 1980 (modificada el 2005), le asignaron el control de la constitucionalidad de las leyes, a través del denominado recurso de inaplicabilidad. Tal función se mantuvo vigente hasta que la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, otorgó tal competencia al Tribunal Constitucional. Sin embargo, todavía actúan en materia constitucional, a través de la competencia que tiene para pronunciarse de una serie de acciones constitucionales (*habeas corpus*, recurso de protección, reclamo de la nacionalidad, recurso de amparo económico, entre otras).

Junto a lo anterior, la Corte Suprema también es considerada como la máxima instancia de control disciplinario. La Constitución vigente le reconoce la super-

conceder esta facultad a la Corte de Casación sería dar al Poder Judicial una parte de las atribuciones del Poder Legislativo". "La segunda razón que se tuvo presente para no aceptar aquella teoría fue que se la consideró perjudicial por todos los conceptos. Y en realidad no conviene que la Corte que dicta una sentencia no pueda más tarde, en una causa análoga, volver atrás y dar una diversa. Si se admitiera que las sentencias de la Corte de Casación fueran la interpretación auténtica de la ley, esto no podría suceder; y la verdad es que sucede a menudo, y en Francia, como en otras partes de Europa donde existen Cortes de Casación, se ve muchas veces que una sentencia está en contradicción con la dictada anteriormente" (*Actas sesión extraordinaria del Senado, 41ª, de 9 de enero de 1895, pp. 736-737*).

[7] De conformidad al art. 95 del COT, la Corte Suprema funcionará dividida en salas especializadas o en pleno. En ambos casos su funcionamiento puede ser ordinario o extraordinario. El primero se da cuando actúa a través de las tres salas especializadas. El extraordinario, cuando agrega adicionalmente a su funcionamiento una sala más.

intendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación, salvo el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales (art. 82). El mecanismo disciplinario le viene dado por la regulación del Título XVI del Código Orgánico de Tribunales, que se ocupa "De la jurisdicción disciplinaria y de la inspección y vigilancia de los servicios judiciales" (artículos 530 al 553 del COT)[8]. Con la reforma de la Ley N° 19.374, de 18 febrero de 1995, se ha tratado de erradicar que esta potestad disciplinaria de los tribunales superiores actúe como mecanismo de impugnación de las decisiones de fondo, regulando la procedencia estricta del recurso de queja, y los efectos de la sentencia que en él se dicte por las Corte de Apelaciones, pero sin que ello haya fructificado.

3. Elementos metajurídicos para entender su fisonomía

Como se puede apreciar de la descripción anterior, la actividad que realiza la Corte Suprema deja en evidencia que se trata de un órgano complejo.

En el imaginario colectivo, la Corte Suprema es un organismo dotado de gran poder, cuyas competencias le permiten participar prácticamente en todas las instancias de control que es posible realizar en materia de procesos judiciales y actuación de los auxiliares de la administración de justicia.

El diseño omnicomprensivo de la competencia de la Corte Suprema ha llevado a que los justiciables se generen grandes expectativas en el rol que se le reconoce como garante en la declaración del Derecho.

Atendido lo anterior, el éxito de la reforma procesal civil no pasa simplemente por introducir un nuevo recurso. Si no abordan con antelación otros factores, el fracaso del Proyecto está garantizado. El cambio que se quiere introducir está lejos de incorporar un nuevo recurso extraordinario, ya que se trata de enfrentarse con una compleja realidad.

3.1. Funcionamiento de la Corte Suprema y etnografía

La etnografía es una rama de la antropología cultural que tiene por objetivo el estudio y descripción de los pueblos. A través de ella se construye una narrra-

[8] La fuente original de esta potestad se encuentra en la Constitución de 1833, al disponer en su art 108 inc.1°, que corresponde a la Corte Suprema en virtud en virtud del art. 113 de la Constitución Política del Estado ejercer la jurisdicción correccional, disciplinaria y económica sobre todos los tribunales de la Nación. La misma norma agregaba que la Corte Suprema puede, además, siempre que lo juzgare conveniente a la buena administración de justicia, corregir por sí las faltas o abusos que cualesquiera jueces y funcionarios del orden judicial cometieren en el desempeño de su ministerio, usando para ello de las facultades discrecionales que corresponden a las Cortes de Apelaciones.

tiva basada en datos obtenidos del encuentro intersubjetivo prolongado en el tiempo[9].

La Corte Suprema chilena, por más de un siglo, ha logrado este encuentro con todos los tribunales de la República, y a través de ellos, con los justiciables, a través de la realidad física del expediente. Esa es la vía de conocimiento de los hechos y del derecho que permiten decidir el caso concreto.
Aunque las formas tecnológicas han modificado el funcionamiento del sistema de recurso, ese elemento no permite alterar la esencia de su actuación. La oralidad y la informática sólo son opciones técnicas, que pueden dar mayor rapidez e inmediación, pero el elemento cultural estudiado por la etnografía no desaparece; sólo cambian los problemas que trae aparejada la forma cómo obtiene la Corte Suprema el conocimiento de los asuntos.

Actualmente la Corte Suprema *se encuentra* con los justiciables mediando la participación oral de ocho relatores, que auxilian a los 21 ministros en el conocimiento que en pleno o en salas hacen de los distintos temas. Según las estadísticas del Poder Judicial, desde el 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de ese año ingresaron 12.713 recursos a la Corte Suprema. Las causas que estaban en estado de pendientes para el año 2011 alcanzaban a 3.509 recursos. La duración promedio de terminación de una causa para el año 2011 era de 125,4 días.

Ahora, si lo que el legislador del proceso civil quiere introducir es un sistema de selección para el conocimiento de recursos civiles, se pecaría de ingenuidad si ello no contempla la incorporación de un mayor número de ministros a la Corte Suprema, junto a otros tantos relatores y personal administrativo. Sería un error de concepto del Código Procesal Civil partir del supuesto que por otorgar a este Tribunal la posibilidad de realizar la selección de casos ello traerá celeridad.

Si se quiere introducir un cambio en tal sentido, se debe partir de la base que se garantizará a todos el estudio minucioso de los expedientes (cualquiera sea su materialidad). No contemplar este factor etnográfico llevaría a validar un trato desigual a los justiciables, que seguramente podría venir acompañado de la canonización de un sistema recursivo de imprecisos contornos y de fomento de prácticas que hoy no se dan.

Si el Proyecto de CPC entiende que el recurso extraordinario traerá menos trabajo para la Corte Suprema se equivoca profundamente, salvo que se esté pensando en un mecanismo de selección sin rigor ni seriedad alguna.

[9] Cfr. BARRERA, Leticia, *La Corte Suprema en escena*, B. Aires: Siglo XXI, 2012, pp. 29-87.

La selección de casos llevará a que surja un cuerpo auxiliar que prepare memorándum internos, donde se consignen los elementos o razones que llevarán a motivar por qué no conocerá del caso.

El aumento de esta *población judicial* se verifica al considerar el funcionamiento de otros tribunales superiores de países que se han anticipado a establecer mecanismos de selección, donde ha surgido una impresionante burocracia judicial que obliga a aumentar el número de ministros y auxiliares, para garantizar que efectivamente todos los recurrentes tengan la posibilidad que su recurso sea estudiado seriamente y la selección se realice lejos de la arbitrariedad.

Si los ideólogos de este cambio creen que selección de asuntos es sinónimo de *decretazo*, estamos avanzando en una línea equivocada. Como la reforma procesal ha sido comenzada definiendo el sistema teórico del proceso civil, relegando considerar la capacidad del órgano que será llamado a conocer del recurso extraordinario, es explicable que tan esencial elemento esté en el aire.

A lo más el Mensaje se limita a señalar que otra de las innovaciones será remplazar el actual recurso de casación en el fondo por un recurso extraordinario, "a través del cual se fortalece el rol de la Corte Suprema como máximo tribunal de la República encargado de preservar los derechos fundamentales y de dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los tribunales del país".

"La Corte podrá avocarse al conocimiento de un asunto siempre que concurra un interés general que haga necesaria su intervención y ello con base en un sistema amplio de tipificación de causales que justifiquen ese interés general".

"Se introducen, asimismo, criterios de discrecionalidad en la admisibilidad del recurso, de manera que corresponderá a la sala respectiva de la Corte Suprema decidir, soberanamente, si las razones invocadas por el justiciable cualifican o no con ser de interés general, y por ende si amerita avocarse o no al conocimiento del asunto".

En consonancia con lo anterior el art. 409 dispone que la Corte Suprema "determinará avocarse al conocimiento del asunto cuando la mayoría de los miembros de la sala respectiva estime que concurre un interés general que haga necesaria su intervención". Luego, el art. 410 establece que "la Corte Suprema admitirá para su conocimiento sólo aquellos recursos que, cumpliendo con los requisitos formales, revistan interés general, conforme a lo previsto en el artículo anterior". "Si la Corte Suprema declara inadmisible el recurso por estimar que no se cumple con los requisitos formales, *deberá señalarlo fundadamente en la resolución que pronuncie al respecto, otorgando al recurrente el plazo de cinco días para subsanar dichos defectos*".

"Previo a resolver sobre la admisibilidad del recurso, la Corte Suprema podrá dar traslado al recurrido, para que en el plazo de diez días haga valer las razones por las cuales, en su concepto, no se justifica que la Corte Suprema se avoque al conocimiento del asunto".

"La Corte Suprema deberá pronunciarse sobre la admisibilidad dentro de los treinta días siguientes a su ingreso".

"Declarada la admisibilidad del recurso, dicha resolución deberá ser notificada, electrónicamente, al recurrido que no hubiere comparecido previamente de acuerdo a lo establecido en el inciso tercero".
Como se puede apreciar, la propuesta descrita es un diseño jurídico parcial. Mientras el modelo orgánico no defina el número de ministros que deberá tener esta nueva Corte Suprema, sus relatores y el personal auxiliar, no podremos cuantificar cómo se cumplirá con este exigente modelo recursivo que impondrá al país.

Dicho de otro modo, que el recurso pase a ser extraordinario, si queremos ser serios, no puede llevar a que surja una justicia *off the record,* con tramitadores de pasillo, que sean los portadores fácticos del oráculo que permita delimitar la gaseosa fórmula del interés general, que como se ha explicado es el elemento central del estudio recursivo[10].

Seria ilusorio pensar que la Reforma se puede hacer solo con la formulación de postulados teóricos. La administración de justicia no se hace con axiomas, sino considerando la capacidad real del órgano jurisdiccional.

Para que lo teórico funcione siempre se necesita contar con hombres de carne y hueso, que sean capaces, en este caso, de cumplir la exigente tarea de justificar las razones de por qué la máxima autoridad no se avocará al conocimiento del asunto, previo concienzudo estudio preliminar de los autos, aunque sea un expediente, en el neologismo del Proyecto, desmaterializado.

No tener claro lo anterior podría llevar a hacer una suerte de trasplante legal del modelo norteamericano. Naturalmente que ese ejercicio obliga a asumir el riesgo que esta delicada actividad lleva aparejada, el de su rechazo y muerte del sujeto que lo recibió, en este caso, la Corte Suprema.

[10] El art. 409 inc. 2° del CPC dispone que "sólo podrá estimarse que concurre un interés general para avocarse al conocimiento del asunto en los siguientes casos: a) Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y; b) En caso que considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial".

3.2. Corte Suprema y represión de la anomia

La introducción del recurso extraordinario le impone a la autoridad política abordar la reforma de un órgano complejo, como lo es la Corte Suprema.

El ejercicio político de tratar de disminuir el rol de la Corte Suprema es un objetivo de gran envergadura, atendido que como poder del Estado tiene el legítimo derecho a rechazar la restricción de sus atribuciones.

Esta realidad, mirada desde un prisma sociológico, se explica porque nuestro máximo tribunal ejerce una función relevante en evitar el fenómeno de la anomia. Cualquier conocedor de las últimas reformas en el proceso laboral y penal sabe que por esa vía se ha limitado la actuación de la Corte Suprema, con todo lo que ello involucra en su función de evitar anomias, especialmente si ellas se dan dentro del seno judicial.

"La anomia (*a- nomos*, carente de ley) es una situación social en la que ya no existen leyes o reglas, o si existen, se hallan en estado de confusión, son contradictorias o ineficaces. En una situación de esta clase, aunque continúe existiendo el grupo, no existe la menor solidaridad y el individuo deja de tener sistema de apoyo o referencia"[11].

En otra descripción, la de Mac Iver, anomia significa "el *estado de ánimo* del individuo cuyas raíces morales se han roto, que ya no tiene normas, sino impulsos desconectados, que no tiene ya ningún sentido de continuidad, de grupo, de obligación. El individuo anómico se ha hecho espiritualmente estéril, responsable sólo ante sí mismo, y ante nadie más. Se ríe de los valores de otros individuos. Su única fe es la filosofía de la negación, vive en la delgada frontera de la sensación entre ningún futuro y ningún pasado[12].

Bajo este prisma, la Corte Suprema está llamada a cumplir con un rol relevante, que evite un descalabro institucional, permitiendo que el Derecho actúe cuando alguien no quiere someterse a su imperio. Como en toda sociedad, con mayor o menor vigor, siempre están presentes fenómenos de anomia, la función de la Corte Suprema será hacer respetar las reglas. Cuando la Corte Suprema no ha podido o no ha querido actuar declarando el Derecho, el resultado para más de alguien ha sido devastador. Por lo mismo, pretender políticamente que disminuya sus funciones, no es solo una materia de regulación recursiva, sino que un asunto de Estado.

[11] REALE, Giovanni, ANNTISERI, Dario, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, Barcelona: Herder, 3ª ed. 2001, t. 3, p. 357.
[12] MAC IVER, R. M, *The Ramparts*, citado por Merton en *Teoría y estructuras sociales*, México: Fondo de Cultura económica, 1ª reimp. 2010, p. 240.

A modo de referencia, la Corte Suprema elimina anomias a través del conocimiento de los recursos, pero también acudiendo al ejercicio de otras potestades. Dentro de los ejemplos de corrección de graves errores en la aplicación del derecho que pueden cometer los tribunales, no son pocos los casos donde ha tenido que dejar sin efecto sentencias que estaban bajo el efecto de la cosa juzgada. Un ejemplo reciente consta del acuerdo del pleno de 26 de junio de 2012, donde procedió a anular una resolución dictada por una Corte de Apelaciones, que había confirmado el remate de un bien raíz de dominio de una persona diversa de la propietaria. Por la vía de la potestad del art. 82 de la CPR, ordenó al tribunal de primera instancia que adoptara todas las providencias necesarias para restituir el asunto al estando en que se encontraba con anterioridad al remate del inmueble[13].

También la eliminación de las anomias la ha tenido que ejercitar en relación a la titulación de los abogados. El Pleno de la Corte Suprema, con fecha 3 de septiembre de 2010, acordó anular los títulos de abogados concedidos a ocho personas, que habían presentado antecedentes falsos para su obtención. Junto con lo anterior, se procedió a remitir los antecedentes al Ministerio Público para indagar eventuales ilícitos. De los casos detectados, tres correspondían a individuos que no habían estudiado en la Universidad utilizada para falsificar los documentos respectivos y los otros a personas que no habían rendido el examen de grado, exigencia que la ley tiene prevista dentro de los requisitos de la licenciatura en Derecho, previo al juramento como abogado ante la Corte Suprema.

En relación a la aplicación de derecho internacional, actuando en ejercicio de la superintendencia directiva correccional y económica, en más de una ocasión ha tenido que corregir gruesos errores cometidos por los jueces del fondo, que olvidaron el carácter absoluto que tiene la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, dejando sin efecto sentencias que ya habían alcanzado el efecto de cosa juzgada[14].

Como se puede apreciar, tratar de disminuir el rol de la competencia de la Corte Suprema no es algo fácil, y en mi opinión, deseable. Su existencia y potestades vigorosas son una garantía institucional para que el Derecho cumpla su función.

4. El error de derecho que justifica el recurso

4.1. La infracción de derecho

La propuesta de reforma también concibe al recurso extraordinario como un instrumento que permita reparar la infracción a los derechos y garantías fundamentales contemplados en la Constitución o en tratados ratificados y vigentes.

[13] AD- 701-2012.

[14] Entre otras, CS, 3 de septiembre de 1969, RDJ, t. LXVI, sec. 3ª, pp. 125-130. CS, 2 de mayo de 1975, F. del M, N° 199, pp. 90-93.

En este punto hay otra opción política, de consecuencias tan profundas como la incorporación de un sistema de selección de causas.

Más allá de las dificultades y formalismos que ha tenido el desempeño del recurso de casación en el fondo durante su vigencia, este ha sido durante mucho tiempo el medio para aplicar el derecho heredado de la tradición romano-canónica a la que pertenecemos.

Ahora, sin mediar ningún cambio cultural alguno, el Proyecto trata de cambiar la actividad judicial de la Corte, centrada en el examen de la legalidad de la sentencia, por otra matriz, la constitucional.

Como se anticipaba, la idea de incorporar un Tribunal de Casación en nuestro sistema partió constatando la necesidad de que el sistema judicial necesitaba contar con un órgano, que erigido como Juez Supremo, garantizara la certidumbre jurídica, ante el evento siempre posible de múltiples y hasta contradictorias interpretaciones judiciales. Esa es la mutación que explicó el abandono del sistema recursivo del derecho castellano al de la casación civil, vigentes desde 1902.

En un plano cuantitativo, nadie podría negar que los juicios civiles son resueltos, normalmente, aplicando las distintas leyes existentes en nuestro ordenamiento, sin perjuicio del rol que tienen las otras fuentes del derecho.

En este desempeño, no se puede negar que la Corte Suprema, después de la reforma de 1995, ha incorporado a su actividad la utilización de una serie de instituciones jurídicas no necesariamente codificadas, demostrando que tiene una capacidad de innovar.

Un ejemplo de lo anterior, entre otros, se encuentra en la aceptación de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, que ha ido recibiendo cada vez mayor recepción jurisprudencial. En este último ámbito, es obligatoria la referencia a la sentencia de la Corte Suprema de 2 de junio de 2009, con una lata exposición teórica[15].

[15] Sobre el tema que nos interesa declaró: "Sexto: Que, como fuere, subyace en toda la dialéctica del recurso la pretensión de elevar a la condición de principio insoslayable la regla según la cual una persona jurídica no puede jamás responder por las conductas de otra, cualquiera sea la similitud entre ellas. Pero esta visión resulta en nuestro tiempo inconciliable con la proliferación de entidades comerciales coligadas o vinculadas entre sí, alrededor de organizaciones matrices dirigidas muchas veces a ocultar la realidad de controladores únicos, para fines de eludir o reducir obligaciones tributarias, cuando no prohibiciones o limitaciones impuestas a ciertos tipos societarios para determinadas actividades, que sí pueden ser emprendidas bajo fórmulas jurídicas alternativas. Séptimo: Que, desde la década de los treinta, ya en el siglo pasado, se ha venido generalizando en el derecho norteamericano la teoría denominada 'disregard of legal entitiy', traducida libremente en lengua española como del 'levantamiento del velo de las personas jurídicas', la que postula que es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin

Ha seguido la senda anterior la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 11 de enero de 2011, al declarar: "Que, (...) en homenaje a la buena fe que debe primar en todas las relaciones jurídicas, la judicatura está autorizada para ir más allá de la ficción que constituye la persona jurídica y descubrir al que se esconde bajo su sombra para defraudar a su acreedor. Y es cierto que la sociedad es una persona distinta de los socios pero, opuesta la excepción de dolo y comprobándose en la especie las maniobras de mala fe tendientes a perjudicar a Scharfstein S.A., debe levantarse el velo de Inmobiliaria Loreto S.A. y determinarse que el verdadero dueño del inmueble embargado es Browne Keeling y Compañía Limitada (...)[16].

La doctrina del acto propio está plenamente aceptada en el campo judicial[17], permitiendo que esta pauta sea utilizada con mayor frecuencia, para evitar actuaciones contrarias al principio de la buena fe[18]. Entre otras la Corte Suprema,

de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente". "Esta formulación doctrinaria, que ha tenido también desarrollo en el derecho europeo continental –especialmente en Alemania y España– permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre la o las otras, que esta o estas últimas no son sino el 'alter ego' de la dominante, utilizada para obtener un resultado antijurídico. Se previene de este modo abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe, que podrían verse sobrepasados si, en virtud de una interpretación puramente formalista, se diera estricta aplicación a los preceptos que la recurrente entiende vulnerados, particularmente en los capítulos 1° y 3° de su escrito de casación, conforme a los cuales Remolcadores Ultragas Ltda., titular del 99,9% del capital de la demandada Sociedad Naviera Ultragas Ltda., sería una entidad completamente distinta e independiente de la primera, siéndole por tanto inoponible lo obrado en estos autos". "El derecho no podría avalar una solución tan contraria a la realidad de las cosas y a la evidencia que emana de los antecedentes documentales compulsados, demostrativos de que efectivamente la compañía presuntamente ajena a los hechos, intervino activamente en la ejecución del contrato de remolque transporte, indistintamente con las dos demandadas, de manera que, al cuestionar el recurso su legitimidad pasiva (de Remolcadores Ultragas Ltda.) intenta excusar extemporáneamente su intervención en el proceso contractual, lo que, a más de ir contra sus actos propios, importa una pretensión de revisar los hechos asentados soberanamente por los jueces del fondo, lo que es inaceptable si, como está justificado, no se ha producido infracción de las leyes reguladoras de la prueba" (CS, 2 de junio de 2009, Rol N° 1527-2008, N° Legal Publishing: 42232).

[16] C. de Ap. de Santiago, 11 de enero de 2011, Rol N° 771-2010 (Legal Publishing: 47765). Es obligatorio transcribir de esta sentencia el siguiente considerando: "DUODÉCIMO: Que esta doctrina, la del levantamiento del velo corporativo, ha sido aceptada por la Excma. Corte Suprema en autos rol 1527 2008 (...). De dicho fallo cabe citar lo siguiente: "es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente, agregando el más alto tribunal que esta doctrina "permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre la o las otras, que esta o estas últimas no son sino el 'alter ego' de la dominante, utilizada para obtener un resultado antijurídico. Se previene de este modo abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe...".

[17] Por todos, en el último tiempo, *cfr. "Venire contra factum propium"*, VV. AA. (Coordinación Hernán Corral T.), Santiago: Universidad de los Andes, *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 18, 2010, pp. 19-151.

[18] Sobre el alcance de este principio, *cfr.* BOETSCH GILLET, Cristián, *La buena fe contractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 39-85.

en sentencia de fecha 2 de noviembre de 2011, ha señalado: "Que al actuar de la forma en que lo hicieron los ejecutados (...) equivale a hacer valer un derecho o una pretensión en contradicción con la manera en que previamente venían conduciéndose esas mismas personas, importando un perjuicio en contra del acreedor, circunstancia que no resulta aceptable, de acuerdo al principio acogido por la doctrina y que, además, inspira disposiciones como la del artículo 1683 del Código Civil y otras de nuestro ordenamiento y que recibe el nombre de "teoría del acto propio, vinculada con toda claridad a uno de los puntales de nuestro sistema jurídico: el principio de la buena fe y respecto del cual se ha dicho: "Según un antiguo proverbio, no es lícito *venire contra factum propium*, esto es, actuar de una manera que resulte contradictoria con la confianza justificada que había generado en un tercero una conducta anterior del titular del derecho... El bien jurídico cautelado por la doctrina de los actos propios es la confianza; el ejercicio del derecho resulta contrario a la buena fe, porque no se condice con las expectativas ciertas que el titular había generado en un tercero con su propio comportamiento. Quien hace valer el acto propio del titular del derecho subjetivo no tiene derecho a que éste se comporte de cierta manera, de modo que no se trata de un conflicto entre derechos. Por eso, la aplicación del principio está sujeta a los criterios de excepcionalidad y de actuación contraria a la buena fe que caracterizan al abuso del derecho. (Enrique Barros B., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, pág. 637)[19]".

[19] También es pertinente hacer referencia al siguiente considerando: "DÉCIMO: Que así, entonces, mirando la buena fe desde su ángulo objetivo y como principio inspirador de la regla de los actos propios, se colige que esta última se orienta a combatir aquellos casos en que se ve burlada o desvanecida la confianza que un tercero tiene puesta en una determinada situación jurídica que le incumbe, de acuerdo a la conducta jurídicamente relevante desplegada por otro al respecto con anterioridad, tanto así, como para hacer que éste se haga cargo de las resultas de su inestabilidad o falta de coherencia. En esta línea argumentativa se ha escrito: "La conducta contraria es una contravención o una infracción del deber de buena fe. Ya antes hemos señalado que el hecho de que una persona trata, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falta de lealtad. He aquí por donde la regla, según la cual nadie puede ir contra sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas (Luis Diez Picazo, "La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo", citado por María Fernanda Echar Escobar en *La doctrina de los actos propios*, Ed. Jurídica de Chile, págs. 72 y 73). En otras palabras, el efecto que produce la teoría en mención es, fundamentalmente, que una persona no pueda sostener con posterioridad, por motivos de propia conveniencia, una posición jurídica distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto, por haberle cambiado las circunstancias y, en definitiva, si así lo hace, habrán de primar las consecuencias jurídicas de la primera conducta, debiendo rechazarse la pretensión que se invoca, apoyada en una nueva tesis o idea, por envolver un cambio de conducta que no se acepta. Se trata, en consecuencia, de la interpretación que se hace al analizar la procedencia o no de cierto derecho –la extinción cabal de una obligación por pago, como en el presente caso– auscultando el proceder previo desplegado por quien se pretende su titular que, en caso de resultar insuperablemente discordante –decir que se pagó una parte, para luego afirmar que se pagó el todo–, autorizará para "acomodar la 'existencia' del derecho a la conducta del titular que sólo puede ejercerlo sin incurrir en comportamientos contradictorios... nadie podría exigir que sus derechos se extiendan más allá de lo que su titular, en los hechos, ha determinado con su propia conducta. (Pablo Rodríguez Grez, *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Ed. Jurídica de Chile, págs. 42 y 43).CS, 02 de noviembre de 2011, Rol 5978-2010, Legal Publishing: 55161, "Banco Security con Jorge Andrés Cherva Almeida y otra".

Un examen de nuestra jurisprudencia evidencia que la causal de casación en el fondo ha permitido controlar la juridicidad de muchas decisiones de relevancia, aportando al desarrollo del Derecho codificado.

4.2. La moción parlamentaria de 1 de agosto de 2012

Naturalmente que el desempeño del recurso de casación presenta también elementos criticables, pero que en vez de llevar a su supresión, lo mejor sería abordarlos. No resulta justificado el cambio que se propone en este tema. A parte de las consideraciones personales de los autores del Proyecto, que siendo legítimas, no se sabe sobre qué base empírica y teórica se quiere suprimir la casación.

En tal sentido, debería prestarse atención a una moción parlamentaria, presentada el 1 de agosto de 2012 (Boletín N° 8465). Se rata de un proyecto de ley presentado por los diputados Pedro Araya Guerrero, Alberto Cardemil Herrera, Fuad Chahín Valenzuela, Alfonso De Urresti Longton, José Manuel Edwards Silva, Cristián Letelier Aguilar, Sergio Ojeda Uribe, Ricardo Rincón González y Jorge Sabat Villalobos.

En síntesis, allí se propone una serie de modificaciones para corregir algunas disfunciones en el sistema de casación, que no han permitido que la sala civil de la Corte Suprema pueda unificar criterios de decisión.

Dentro de los cambios propuestos está homologar la causal del recurso, en orden a que se justifique por infracción de derecho, eliminando la restricción que aparece en el texto del art. 767 del CPC, que no fue sintonizado en la reforma de 1995 con lo señalado en el art. 772 N° 1, que alude a infracción de derecho.

5. ¿Un cambio al *neoconstitucionalismo?*

El abandono explícito del recurso de casación en el fondo no es simplemente una cuestión de técnica recursiva. En efecto, no se trata de abandonar un instrumento al que se estima obsoleto y formalista, para cambiarlo por otro más flexible y con un mecanismo de selección de asuntos. Es mucho más que eso.

Aunque el tema es amplio, por ahora anticipemos que el art. 409 del Código Procesal Civil considera la causal fundante del recurso con expresa referencia a infracción de las garantías constitucionales.

Esta propuesta, a nuestro entender, busca cambiar la forma como se ha concebido al derecho civil en nuestro país, introduciendo el fenómeno que la doctrina describe con el nombre de neoconstitucionalismo[20].

[20] Sobre el tema, *El canon neoconstitucional*, VV.AA, ed. Carbonell y García Jaramillo, Madrid: Trotta-UNAM, 2010, pp. 11-443.

Como lo explica Núñez Poblete[21], el neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo, más que designar una doctrina se identifica con diversas evidencias. Entre las manifestaciones más difundidas en la ciencia jurídica contemporánea pueden identificarse las siguientes: el crecimiento de las atribuciones de la judicatura constitucional, la constitucionalización del derecho, la difusión de la concepción axiológica de los derechos constitucionales, la progresiva consolidación de ciertas metodologías de resolución de conflictos (tales como la ponderación) o de ciertos principios de escrutinio judicial de la actividad pública (tales como el principio de subsidiariedad) que aumentan la incidencia de los jueces en el ámbito público o privado, la renovación del concepto de principios del Derecho, la crisis de las Constituciones nacionales frente a la globalización, y la apertura de las Constituciones y las magistraturas nacionales frente al Derecho internacional y al comparado.

En explicación de Núñez, "este giro metodológico supone abrir el Derecho a una racionalidad constructiva y discursiva que desempeña una labor tanto de identificación como de justificación. No es baladí –entonces– que una de las principales preocupaciones del Neoconstitucionalismo haya sido elaborar una acabada teoría de la argumentación jurídica, tema absolutamente descuidado por el positivismo. Aporte que según Prieto Sanchís responde a una necesidad de legitimación, pues la propuesta de sustitución del juez "*boca de la ley*" por un juez sometido a las cláusulas materiales de la Constitución sólo es posible (y aceptable) en tanto que su labor pueda ser validada por una sólida argumentación racional. Quizás la principal novedad o propuesta metodológica del Neoconstitucionalismo sea el famoso *principio de proporcionalidad* (también llamado método de la ponderación)..."[22].

El principal efecto práctico que tendrá la aprobación del art. 409 del Código Procesal Civil, si se acepta en esos términos, será la desaparición de la técnica recursiva para denunciar la infracción jurídica que permite actualmente anular una sentencia por error en la aplicación de la ley[23], y el surgimiento de otros efectos que le son inherentes a ello.

Más que estudiar instituciones jurídicas codificadas o reguladas por la ley, el énfasis pasará a las técnicas del razonamiento judicial. En el neoconstitucionalismo el derecho es subsumido por la retórica y en algunos países por el activismo judicial.

---

[21] NUÑEZ POBLETE, Manuel, "El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 34, 2010, pp. 523-541.

[22] NUÑEZ, Juan Ignacio, "**¿Cómo reconocer a un Neoconstitucionalista?", Parte VII: ¿Ponderar, jerarquizar o subsumir?**, en *Diario Constitucional*, 14/08/2012.

[23] En la actual normativa la doctrina y la jurisprudencia ha decantado las hipótesis de infracción de ley que influye en la parte dispositiva del fallo, consumando una la contravención formal de la ley; la errónea interpretación de la ley; la falsa aplicación de ley; la infracción a las leyes reguladoras de la prueba.

Ya no serán los conceptos de una técnica jurídica los que centren la actividad de la Corte Suprema, si no los discursos sobre el alcance constitucional que tiene cualquier problema, ya sea de derecho civil, comercial, laboral, etc. Para ello será relevante establecer el "canon constitucional" aplicable al caso concreto (discriminación, ponderación de intereses, conflictos de derechos, test de proporcionalidad, etc.).

En buenas cuentas, de un derecho con preferente respaldo en su génesis parlamentaria, pasaremos a otros más dependiente de la sociología, donde el resultado del caso vendrá dado muchas veces por el dato previo que arroje una encuesta de opinión, sin importar mucho si la solución es necesariamente justa, con base en la moral o si de ella se sigue un resultado racional.

El civilista, en esta concepción jurídica neoconstitucional, es remplazado por el constitucionalista.

Se abandona la visión de la Constitución como un límite al ejercicio del poder estatal, la que pasa a ser utilizada como un instrumento de construcción de realidades, naturalmente al gusto de la ideología predominante.

Para evitar ser acusado de agorero del mal, un buen ejemplo de lo que aquí puede ocurrir es observar lo acontecido en Colombia. Este país, que era tributario del Código Civil de Bello, está recibiendo los embates de esta tendencia en un grado que debería llamar la atención en la tramitación del Código Procesal Civil. Nos ahorra un mayor comentario sobre este fenómeno lo expuesto en el prólogo del libro *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado*, al señalar que "después de la entrada en vigencia de la Constitución Colombiana de 1991, son muchas las controversias presentadas en relación con el grado de penetración que la Carta Política debe tener en las relaciones jurídicas privadas, más aún teniendo en cuenta que algunas de las instituciones del Derecho Civil tienen fundamento legal en una codificación elaborada en el siglo XIX, que aun con todas las transformaciones que ha tenido, da lugar a serias reflexiones, tanto por parte de los jueces como de los doctrinantes. Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad, los fundamentos de la interpretación constitucional, los límites de la interpretación constitucional y los principios constitucionales, aplicados todos ellos a las relaciones familiares, a principios centrales en el derecho privado, como el de la autonomía de la voluntad, a las sociedades y a las empresas, al mundo de los negocios, a la protección de los derechos humanos en las actuaciones privadas, entre otros". [...] "Conviene precisarle al lector que el marco teórico que ha dado origen a la mayoría de las discusiones en torno a la constitucionalización del Derecho (no solo en el área del Privado), es el del neoconstitucionalismo, lo cual nos impone un estudio del derecho en dos dimensiones, una encaminada al análisis de los fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del

Estado Constitucional; y otra, dedicada al estudio de "una determinada teoría del derecho que ha propugnado en el pasado reciente por esos cambios y/o da cuenta del ellos" [24].

Si en el desempeño del recurso de casación la Corte Suprema podía contribuir a dar certeza jurídica en la aplicación de la ley, con este recurso extraordinario será difícil, cuando no ilusorio, que pueda cumplir su rol de dar certeza jurídica. Cada juez propondrá la solución que la lectura de la Constitución le permita, poniendo en verdad lo que el titulo del nuevo recurso nos anuncia: *ser extraordinario.*

[24] *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado,* Actas del Congreso Internacional : Bogotá, Colombia. Septiembre 13, 14 y 15 de 2006.

El derecho francés de la prueba civil: Una carga compartida entre las partes y el juez

Etienne Vergès
Profesor de la Universidad de Grenoble
Miembro del Instituto Universitario de Francia

Resumen: La cuestión de la carga de la prueba en derecho francés no concierne solamente a las relaciones entre las partes, sino también a las relaciones entre las partes y el juez. Por un lado, respecto de las partes, el derecho francés es muy flexible. La carga de la prueba puede ser modificada por convención privada e incluso por el juez, como lo muestra la jurisprudencia. El juez dispone de un amplio poder para atribuir la carga de la prueba. Por otro, en el terreno del procedimiento civil, el juez dispone de numerosas prerrogativas para contribuir con las partes en la búsqueda de la prueba, de suerte que él alivia la carga probatoria de las partes. Es por esta razón que podemos hablar de la carga probatoria compartida entre las partes y el juez.

***

El derecho francés de la prueba civil es una disciplina en desarrollo. Al comienzo, la obra de Pothier condujo a los autores del Código Civil de 1804 a considerar únicamente la prueba de las obligaciones[1]. Esta situación continúa hoy en día, ya que las disposiciones del Código Civil relativas a la prueba sólo han sido modificadas para adaptarse a las técnicas probatorias modernas[2]. El Código Civil establece un sistema de pruebas legales y preconstituidas de las obligaciones. Considera, además, la fuerza probatoria de ciertos medios de prueba, tales como la confesión y la declaración jurada. Define incluso el régimen de las presunciones. Otra parte del derecho de la prueba figura en el Código de Procedimiento Civil. El Código de Procedimiento define el rol del juez y de las partes en la producción de la prueba. Ajusta las reglas de procedimiento que permiten reunir ciertas pruebas (los testimonios, la pericia, etc.). Establece igualmente las reglas que permiten objetar la fuerza probatoria de las pruebas legales del Código Civil, como por ejemplo en lo relativo a la impugnación de las escrituras, entre otras. El Código Civil y el Código de Procedimiento definen

[1] Para una introducción al derecho francés de la prueba, cf. E. Vergès, "Elementos para una renovación de la teoría de la prueba", *en Mélange J.-H. Robert,* LexisNexis, 2012, p. 853.
[2] Por ejemplo, la fotocopia en los años 80 y la prueba numérica en los años 2000.

un conjunto de reglas dispersas, que no corresponden a ninguna teoría general de la prueba. A las fuentes textuales se agrega la jurisprudencia, que juega un rol fundamental en el derecho de la prueba. Los grandes principios del derecho de la prueba provienen, en su mayoría, de decisiones pronunciadas por la Corte de Casación. De ahí el principio según el cual «*nul ne peut se constituer une preuve à soi-même*» (nadie puede fabricarse una prueba por sí mismo), o también el principio de la lealtad de la prueba.

La explosión de las fuentes del derecho de la prueba constituye un serio obstáculo para la construcción de una verdadera ciencia del derecho de la prueba. Por otra parte, la doctrina sólo se dedica al estudio del derecho de la prueba en forma dispersa. En Francia no existe una obra o manual consagrado al derecho de la prueba. Los autores debaten con respecto a la naturaleza substancial o procesal de la reglas de la prueba. Los civilistas estudian, en general, las reglas relativas a la prueba de las obligaciones, que tradicionalmente se consideran como los elementos fundadores de la teoría de la prueba. Los especialistas en procedimiento civil se interesan sólo en forma accesoria en el derecho de la prueba. Limitan su desarrollo a las reglas del Código de Procedimiento Civil. Esta división de la doctrina no permite lograr una visión de conjunto sobre el derecho de la prueba.

A pesar de estas dificultades, es posible construir una teoría doctrinal de la prueba alrededor de cuatro temas principales: El objeto de la prueba, la carga de la prueba, la constitución del expediente probatorio y la apreciación de las pruebas.

El objeto de la prueba se refiere a lo que debe ser probado. Generalmente corresponde a los hechos, pero excepcionalmente puede referirse al derecho (por ejemplo, la prueba de la ley extranjera).

La carga de la prueba determina la parte sobre la cual radica el esfuerzo probatorio. La parte que soporta la carga de la prueba puede sufrir consecuencias más o menos fuertes. Puede sucumbir en justicia, porque el hecho a probar era determinante. En forma menos radical, puede fracasar en probar el hecho que ella alega, pero ganar el pleito, sin embargo, sobre el fundamento de otro hecho determinante.

La constitución del expediente probatorio es lejos la parte más voluminosa de la teoría de la prueba. Ella define el conjunto de reglas que permiten alimentar el expediente con pruebas (diversidad de procedimientos para probar, por ejemplo), pero, igualmente, las reglas que permiten la exclusión de una prueba que fue producida por una parte (prueba ilícita). Una vez que se han reunido las pruebas –y que las pruebas ilícitas se han descartado– el juez puede examinar el expediente.

Es entonces cuando se abre la fase de apreciación de las pruebas. Las reglas serán diferentes, dependiendo si uno se sitúa en el sistema de pruebas legales (prueba de los actos jurídicos y en particular los contratos) o si uno se sitúa en el sistema de pruebas libres (prueba de los hechos jurídicos, o prueba de los contratos comerciales). Algunas pruebas pueden estar dotadas de una fuerza probatoria definida por la ley. Otras, por el contrario, se dejan a la íntima convicción del juez, quien las aprecia libremente.

En el seno de la teoría general de la prueba, la cuestión de la carga de la prueba ocupa un lugar esencial y atípico. En efecto, se trata de una regla a la vez substancial y procedural. Como veremos más adelante, la carga de la prueba está reglamentada a la vez por el Código Civil y por el Código de Procedimiento Civil. En derecho civil, la carga de la prueba constituye ante todo una relación entre las partes. En procedimiento civil, la carga de la prueba comprende igualmente las relaciones existentes entre las partes y el juez. Bajo este concepto, la cuestión de la carga de la prueba se vincula con el tema de la naturaleza inquisitoria o acusatoria del procedimiento.

En Francia existe una corriente doctrinal que defiende la idea que la carga de la prueba no constituiría realmente una cuestión jurídica real. En efecto, la cuestión de la carga de la prueba no se plantea en todos los procesos, sino únicamente en el caso en que el ofrecimiento de prueba es insuficiente para probar el hecho alegado[3]. Por esta razón la regla definiría no la carga de la prueba, sino el «riesgo de la prueba». El que no aporte pruebas suficientes para el éxito de su pretensión sucumbiría en justicia. Debería entonces asumir el riesgo de la prueba, que consiste en el riesgo de perder el proceso. En un estudio precedente[4], defendimos la idea que la tesis del riesgo de la prueba reposa sobre una confusión entre la regla del derecho y su sanción. La ley establece una regla de derecho que define la carga de la prueba. Ella dispone igualmente su sanción, que puede traducirse en el riesgo de la prueba. Si se establece un paralelo con los derechos del contrato, la carga de la prueba correspondería a la fuerza obligatoria del contrato, mientras que el riesgo de la prueba denotaría las consecuencias del incumplimiento (cumplimiento forzado, resolución del contrato, etc.). Por otra parte, la carga de la prueba tiene una dimensión procedural. Cuando las partes se encuentran en la imposibilidad de aportar pruebas útiles para la solución del litigio, pero estas pruebas existen, se puede solicitar al juez que ordene una medida de instrucción o la producción forzada de una pieza. La carga de la prueba no sólo engendra sanciones de derecho substancial, sino también consecuencias procesales. En los casos más extremos, las partes pueden apremiar al juez para que ordene una medida de instrucción. Ocurre así cuando una parte impugna la veracidad de una prueba escrita al negar la

[3] X. Lagarde, *Reflexión crítica sobre el derecho de la prueba, op. cit.*, N°128

[4] E. Vergès, *Elementos para una renovación de la teoría general de la prueba, op. cit.*

escritura o la firma de su autor. El juez, entonces, está obligado a ordenar una medida de instrucción que reside en la verificación de la escritura[5].

Por lo tanto hay que considerar la carga de la prueba en toda su complejidad: la de una regla híbrida que posee consecuencias procesales y substanciales. Para comprender esta complejidad es necesario examinar, en un primer tiempo, la determinación inicial de la carga de la prueba (I) y, en un segundo tiempo, considerar cómo se establece un equilibrio de la carga de la prueba en el proceso probatorio (II).

I. La determinación inicial de la carga de la prueba

En derecho francés las reglas relativas a la carga de la prueba están determinadas por textos legales (Código Civil) y reglamentarios (Código de Procedimiento Civil). Estas reglas definen un principio de repartición de la carga de la prueba intangible en apariencia (A). No obstante, en la práctica el juez dispone de numerosas herramientas jurídicas o métodos de razonamiento que le permiten modificar la carga de la prueba de forma tal que el principio de repartición es mucho más flexible de lo que parece y el poder del juez sobre la carga de la prueba es real (B).

A. Fundamentos legales de la determinación de la carga de la prueba

Principios relativos a la carga de la prueba y dificultades para su aplicación.

En derecho francés la carga de la prueba se define en dos disposiciones diferentes. El Código Civil define la carga de la prueba de las obligaciones. El artículo 1315 dispone que «el que reclama la ejecución de una obligación debe probarla. En forma recíproca, el que se considera liberado debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación». *El segundo texto que define la carga de la prueba es el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil. Estipula que «incumbe a cada parte el probar conforme a la ley los hechos necesarios para el éxito de su pretensión».* Tradicionalmente, la doctrina considera que estos dos textos constituyen la transcripción fiel de dos adagios: *Actori incumbit probatio*[6] et *reus in excipiendo fit actor*[7]. *En realidad, no es totalmente ese el caso.*

El Código de Procedimiento Civil une la carga de la prueba a la carga de la alegación. Esta asociación es muy importante. Es la alegación de un hecho, que obliga

[5] Cass. civ. 1ère, 29 février 2012, N° 10-27.332
[6] La carga de la prueba incumbe al demandante.
[7] El defensor, al alegar un medio, se transforma en demandante. La carga de la prueba le incumbe a su vez.

a quien lo alega a aportar la prueba de este hecho. En el Código Civil el punto de anclaje de la carga de la prueba es diferente. Es la situación de acreedor o de deudor la que define la carga de la prueba. El acreedor debe poder probar la existencia de su crédito. El deudor debe probar el hecho que le permite liberarse de su obligación. Un ejemplo permite demostrar que las reglas del artículo 1315 del Código Civil y 9 del Código de Procedimiento Civil son diferentes: se trata de la obligación contractual de información.

La obligación de informar aparece en numerosos contratos. Puede ser impuesta por la ley[8] *o por el juez, que puede recurrir a la técnica de forzamiento de contrato*[9]*. Después de un importante fallo de la Corte de Casación en 1997*[10]*, una jurisprudencia constante juzga que* «quien, legalmente o por contrato mantiene la obligación particular de información debe aportar la prueba de la ejecución de esta obligación». En este caso, un paciente había sufrido un daño después de una operación, y le reprochaba a su médico el que no lo hubiese informado acerca de los riesgos relacionados con la operación. La Corte de Apelaciones había rechazado las pretensiones del paciente, en razón a que le correspondía a éste allegar la prueba que demostraba que el médico no le había advertido el riesgo que conllevaba la operación. A la inversa, la Corte de Casación juzgó que incumbía al médico el probar que había ejecutado su obligación.

En este caso, la Corte de Apelaciones había aplicado en forma fiel el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil. El paciente argumentaba un medio de hecho: la falta de información. Le correspondía, entonces, proveer la prueba de ese hecho. En forma inversa, la Corte de Casación aplica el artículo 1315 del Código Civil. El paciente había demostrado que existía un contrato entre el médico y él. En virtud de la ley, este contrato generaba una obligación de información. Correspondía, entonces, al médico, como deudor de esta obligación, el probar que había suministrado la información y que se había liberado de este modo de tal obligación.

Este ejemplo es importante, porque muestra que el tema de la carga de la prueba es aparentemente simple, pero en la realidad se revela como algo más bien complejo. Esta complejidad proviene de la dificultad que existe para definir el punto de anclaje de la carga de la prueba. Podemos ilustrar esta complejidad a propósito de la nulidad de los contratos. En la aplicación del artículo 1315 del Código Civil, una vez establecida la existencia del contrato, corresponde al deudor, quien alega la nulidad del contrato, probar la existencia de una causa de nulidad. Por ejemplo, la Corte de Casación juzgó

[8] Por ejemplo, la obligación de informar, que incumbe a los profesionales de la salud, en virtud del artículo L1111-2 del Código de la Salud Pública.

[9] L. Leveneur, *El Forzamiento del contrato*, Dr. Y patrimonio, 1998, p. 69

[10] Cass. 1re civ., 25de Febrero. 1997, apelación N° 94-19.685

en 1987[11] que quien invoca el error debe probar la existencia de este vicio de consentimiento. Sin embargo, la solución no es la misma en el contexto de un contrato de venta a domicilio. Este contrato está enmarcado por condiciones legales de regularidad. Particularmente debe incluir, so pena de nulidad, una mención que estipule la facultad de renuncia reservada al cliente. En un caso sometido a la Corte de Casación en 1993[12], un cliente que había concluido un contrato de venta a domicilio se negaba a pagar el precio. La pregunta era saber si el contrato cumplía con las condiciones de regularidad. Al aplicar el artículo 1315 del Código Civil se hubiera podido pensar que la carga de la prueba de la irregularidad recaía sobre el deudor. Este es quien debería probar que el contrato era nulo. Sin embargo, la Corte de Casación juzgó «que correspondía a la sociedad que reclamaba la ejecución del contrato establecer su regularidad».

Las soluciones contenidas en estos dos fallos son contradictorias. La carga de la prueba de una causa de nulidad del contrato recae, en un caso, sobre el deudor, y en el otro, en el acreedor. Medimos aquí la dificultad que conlleva el aplicar los principios relativos a la carga de la prueba. Si se considera que la cuestión se refiere a la nulidad del contrato, se trata de un medio alegado por el defensor para escapar al pago de su obligación. Si consideramos que el asunto se refiere a la regularidad del contrato, se trata de apoyar un medio alegado por el demandante que reclama la ejecución de la obligación. Dicho de otro modo, según la forma que se adopte para plantear el problema jurídico, la carga de la prueba pasará de una parte a la otra. Esta dificultad le permite al juez una gran flexibilidad en la ejecución de la carga de la prueba, como veremos más adelante. Pero esta flexibilidad se le atribuye igualmente a las partes, quienes pueden modificar la carga de la prueba por convención.

Legalidad de las convenciones sobre la carga de la prueba

Según una antigua jurisprudencia de la Corte de Casación[13], las reglas civiles de la prueba no son de orden público, lo que significa que es posible derogarlas por convención. El tema del carácter imperativo o supletorio de las reglas de la prueba fue discutido en doctrina a comienzos del siglo 20. La justicia francesa está marcada por su carácter estatal[14]y ciertos autores han podido deducir que la justicia es una cosa pública que no debería dejarse en las manos de las partes[15]. En la actualidad las cosas son muy diferentes. La mayoría de la doctrina admite

[11] Cass. soc. 7 oct. 1987, recurso N° 85-15403
[12] Cass. 1ère civ. 17 febrero vr. 1993, recurso N° 91-12479.
[13] Cass. req. 1° de agosto 1906, *DP* 1909. I. 398
[14] Cf. F. Girard, *Ensayo sobre la prueba en su medio ambiente cultural*, Tesis, Grenoble, 2010
[15] V. Depadt-Sebad, "Las convenciones sobre la prueba", en C. PUIGELIER (bajo la dir. de), *La prueba*, 2004, Económica, p. 13.

la validez de las cláusulas relativas a la prueba[16], incluso cuando los autores subrayan el riesgo al que se exponen las partes al recurrir a estas convenciones. Ciertas convenciones poseen un efecto directo sobre la carga de la prueba. Las jurisprudencias que ilustran este tema son bastante antiguas y están marcadas por el tiempo. Así, se admitió en el año en 1882[17] que una convención matrimonial dispensa a la esposa de la prueba de la entrega de la dote. La práctica de la entrega de la dote ya no se aplica en Francia, pero el fallo es interesante porque muestra aquí que la convención matrimonial hace descansar sobre el marido la carga de la prueba del no pago de la dote, o sea, de la no ejecución de la obligación por parte del deudor.

La mayoría de los fallos contemporáneos se refieren a un vuelco indirecto de la carga de la prueba, como lo muestra el fallo verificado en 1965[18] a propósito de un contrato de agente comercial. Este contrato se califica en jurisprudencia como «mandato de interés común» y generalmente no puede romperse salvo si el mandante prueba la existencia de una «causa legítima». En la especie estudiada, el contrato contenía una cláusula que preveía que cada parte podía deshacer unilateralmente el acuerdo con un aviso preliminar de tres meses. Según la Corte de Casación, esta cláusula dispensaba al mandante de probar la existencia de una «causa legítima» de ruptura. La alta jurisdicción decidió que el mandatario debía aportar la prueba de un abuso de derecho por parte del mandante para demostrar que la ruptura era ilícita.

A primera vista, este fallo no se identifica con la carga de la prueba, sino sobre la causa de la ruptura del contrato de interés común. La cláusula permitía al mandante romper el contrato sin motivo. Al admitir la validez de esta cláusula, la Corte de Casación deducía que el mandante no debía proporcionar la prueba del motivo de la ruptura. La solución es lógica. Sin embargo, la Corte de Casación aporta un cierto matiz de atenuación al tema. La ruptura del contrato no debía ser motivada, pero tampoco podía ser abusiva. En ese sentido, la Corte de Casación desplaza el objeto de la prueba y es el mandatario el que tiene que probar que la ruptura fue abusiva. Aquí la relación entre el objeto de la prueba y la carga de la prueba aparece en forma muy clara.

Se puede establecer igualmente una relación entre la disposición convencional de los medios de prueba y la carga de la prueba. Tradicionalmente, los contratos de suministro de gas permiten al distribuidor probar el consumo del cliente por medio de la lectura del gas utilizado, registrado por un empleado de éste o sobre la base de un cálculo del consumo promedio del cliente. En un fallo del

[16] M. MEKKI, "La gestión contractual del riesgo de la prueba" (2ª parte), *Revista de contratos*, 2009, N° 2, p. 453.
[17] Cass. civ. 22 de agosto de 1882, S 1883, I, 25.
[18] Cass. Com. 19 de julio de 1965, Bull. civ. III, N° 456.

año 1991[19], la Corte de Casación debía resolver con respecto a la impugnación de la deuda de un cliente, quien estimaba que el medidor de gas funcionaba mal y que había sido objeto de un mal mantenimiento. Impugnaba de este modo, el modo de prueba definido por la convención. La Corte de Casación consideró que el cliente debía consumos promedios que habían sido calculados conforme al contrato. El mal funcionamiento del contador del gas era indiferente con respecto a esa forma de cálculo. Este fallo se refiere principalmente a la definición del medio de prueba, pero en realidad el contrato tenía por objeto facilitar la prueba del consumo por parte del distribuidor de gas, al permitirle crear su propia prueba. Indirectamente este fallo invertía la carga de la prueba, al obligar al consumidor a probar que él no había consumido la cantidad de gas calculada por el distribuidor. Evidentemente, era imposible revocar esta prueba.

La carga de la prueba puede entonces ser modificada por convención. Lo que indica que las reglas de prueba civil son bastante flexibles en derecho francés. Esta es la razón por la cual el juez dispone igualmente de un gran poder para modificar la carga de la prueba.

B. El poder del juez para modificar la carga de la prueba

No existe una carga dinámica de la prueba propiamente tal en el derecho francés, tal como ésta ha sido definida en el proyecto de reforma del Código de Procedimiento Civil chileno. En principio, el juez está obligado por las reglas de prueba legalmente definidas. No obstante, en la realidad, se constata que el juez dispone de una cierta libertad de acción. Por un lado la jurisprudencia procede a realizar inversiones generales de la carga de la prueba a través de los mecanismos de presunción y de ficción (a). Por otro, el juez puede modificar la carga de la prueba adoptando soluciones pragmáticas (b).

a. Las presunciones y las ficciones en las manos del juez

En el derecho francés existen diversas categorías de presunciones. El Código Civil define las presunciones como «consecuencias que la ley o el magistrado concluye partiendo de un hecho conocido para llegar a un hecho desconocido» (art. 1350). Distingue luego las presunciones establecidas por la ley –que denominamos comúnmente presunciones legales– y las que no son establecidas por la ley. Esta segunda categoría debe nuevamente dividirse en dos. En efecto, existen las presunciones jurisprudenciales que han sido establecidas de manera general por la jurisprudencia. Debido a su generalidad, estas presunciones siguen el mismo régimen que las presunciones legales. Luego existen las presunciones «del hecho del hombre», que se denominan igualmente «presunciones de hecho» o «presunciones morales». Finalmente, en ciertos

[19] Cass. civ. 1er, 4 de junio de 1991, *RTD civ.* 1992, p. 403.

casos, el juez puede recurrir al mecanismo de la ficción para invertir la carga de la prueba.

Las presunciones jurisprudenciales

Se han creado numerosas presunciones en jurisprudencia. El ejemplo más notorio es la presunción del *rol causal de la cosa,* en el campo de la responsabilidad del hecho de las cosas. Esta responsabilidad objetiva se basa en el rol causal que una cosa ha jugado en la realización de un daño. Desde 1939, la Corte de Casación ha considerado que el rol causal puede ser presumido[20]. En forma más precisa aún, la jurisprudencia ha admitido que el rol causal de la cosa es supuesto cuando la cosa está en movimiento y ha entrado en contacto con la víctima. Es así como una víctima que se tropieza en una escalera mecánica no está obligada a probar que esta cosa jugó un rol causal en el accidente[21]. Esta presunción es muy poderosa, ya que el encargado de la escalera mecánica es entonces responsable del daño, sin poder demostrar que la cosa no fue el instrumento del daño. Podemos considerar aquí que la presunción es irrefragable. Las presunciones jurisprudenciales son numerosas y existen múltiples ejemplos en el derecho de las obligaciones. Por ejemplo, en el derecho de la venta, el vendedor cuenta con la garantía de los vicios ocultos. Cuando la cosa vendida presenta un vicio oculto, el comprador puede reclamar la restitución de la cosa viciada o la reducción del precio de venta. Si el vendedor conoce el vicio de la cosa en el momento de la venta, debe, además, indemnizar al comprador por los eventuales perjuicios causados en razón del vicio (C. Civ., art. 1645). La jurisprudencia ha establecido una presunción de conocimiento del vicio con respecto al vendedor profesional. Después de un fallo de 1969[22], la Corte de Casación considera que el vendedor profesional está "obligado" a conocer los vicios de la cosa. Ella deduce que el vendedor «conoce» los vicios, cualquiera que sean las circunstancias del contrato[23]. El comprador no tiene entonces que probar el conocimiento del vicio al vendedor profesional. Aquí, una vez más, debemos considerar que la presunción es irrefragable, ya que el vendedor no tiene la posibilidad de demostrar que ignoraba el vicio de la cosa vendida.

Las presunciones jurisprudenciales ilustran el hecho que el juez francés ejerce un poder muy grande sobre la carga de la prueba. El puede crear una presunción que posee los mismos efectos que una presunción legal. Pero, a diferencia de la carga dinámica de la prueba, aquí el juez crea una presunción general. Esta inversión de la carga de la prueba no es adaptable en función de las circunstancias de la especie. Este poder de adaptación, sin embargo, es propuesto al juez a través de la noción de la «presunción del hecho del hombre».

[20] Cass. civ. 9 de junio de 1939, *DH 1939*, p. 449.
[21] Cass. civ. 2ème, 2 de abril de1997, bull., N° 109.
[22] Cass. com. 19 de enero de 1965, D. 1965. 389.
[23] Cass com. 11 de febrero de 1997, Bull. civ. IV, N° 50.

Las presunciones del hecho del hombre

El artículo 1353 del Código Civil establece que «Las presunciones que no son establecidas por la ley se dejan a la luz y a la prudencia del magistrado, el cual debe admitir solamente presunciones graves, precisas y concordantes». Estas presunciones de hecho pueden ponerse en acción principalmente en el campo donde la prueba es libre (hechos jurídicos). Ellas le permiten al juez deducir, a partir de un conjunto de indicios, la existencia de un hecho que las partes no han estado en condiciones de probar en forma cierta. En el estricto sentido del término, este tipo de presunciones no invierte la carga de la prueba. Se trata, más bien, de un alivio de la carga de la prueba. En la práctica se constata que el juez utiliza las presunciones del hecho del hombre para admitir la prueba de un hecho aunque, en principio, la parte sobre la cual recae la carga de la prueba no dispone de ella.

Estas presunciones lograron un desarrollo importante en un período reciente en el campo de la responsabilidad médica. El 24 de enero de 2006[24], la Corte de Casación falló en diversas oportunidades que las víctimas de productos de salud no tenían que demostrar con certeza la existencia de una relación de causalidad entre el producto y su enfermedad, para obtener la indemnización de su perjuicio. Uno de estos fallos corresponde al conocido caso «de la hormona de crecimiento». En la década de los 80, personas que tenían problemas de crecimiento fueron tratadas con una hormona contaminada de origen humano. Estas personas se contagiaron con la enfermedad de Creutzfeld Jacob. Sin embargo, era imposible definir con certeza la relación entre la enfermedad y la hormona de crecimiento. La Corte de casación va a establecer una presunción de imputabilidad de la enfermedad de Creutzfeld Jacob con respecto a la hormona de crecimiento a partir de dos indicios: 1. Todos los pacientes afectados con esta enfermedad fueron tratados anteriormente con la hormona de crecimiento; 2. Estas víctimas no mostraban causas personales de contaminación. Esta jurisprudencia marcó un giro importante en la prueba de las condiciones de responsabilidad en situación de incertidumbre científica. Ciertamente, las víctimas soportan siempre la carga de la prueba, pero no tienen que demostrar que se han reunido las condiciones de responsabilidad. Ellas deben simplemente proveer al juez de indicios graves, precisos y concordantes. Estas presunciones otorgan al juez una facultad muy grande de apreciación, ya que la Corte de Casación deja en manos del juez de fondo la apreciación soberana de los indicios graves, precisos y concordantes[25]. De este modo la Corte de Casación se niega a controlar la apreciación que los jueces puedan efectuar con respecto a las pruebas suministradas por las víctimas. Los jueces de primera instancia

[24] Cass. civ. 1era, 24 de enero. 2006, *RCA* 2006, com. 89, *JCP* 2006, II, 10082, *RTD civ.* 2006, p. 323.
[25] Cass. 1era civ., 22 de mayo 2008, N° 05-20.317, FS-P+B+R+I, Fallo rendido en el contencioso sobre la relación entre la vacunación contra la Hepatitis B y la esclerosis en placas.

y de apelaciones tienen, de esta forma, una libertad muy grande para acoger la acción de la víctima aun cuando ella misma no provea de pruebas precisas necesarias para el éxito de su pretensión.

Este movimiento en favor de las víctimas se acentuó aún más con el desarrollo de una jurisprudencia que dispone un vuelco de la carga de la prueba al utilizar las ficciones jurídicas.

Las ficciones que ejercen una incidencia en la carga de la prueba

En ciertas situaciones, el conocimiento de los hechos escapa a la jurisdicción. Es totalmente imposible establecer la verdad en una causa. En derecho de la prueba, esta situación se califica generalmente como *prueba diabólica,* porque la persona que soporta la carga de la prueba necesariamente sucumbirá en justicia. Por lo tanto, la determinación de la carga de la prueba tendrá una incidencia directa sobre el resultado del litigio. Esta situación delicada puede ilustrarse por el contencioso de la causalidad alternativa.

Este tema surge cuando dos personas se encuentran potencialmente en el origen del daño, pero es imposible determinar cuál de ellas es el autor verdadero. En Francia, la causalidad alternativa estuvo en reciente actualidad con un medicamento llamado distilbène, que fue prescrito en la década del setenta (70) a las mujeres embarazadas que sufrían de ciertas patologías. Este medicamento resultó ser peligroso posteriormente para las hijas nacidas de estos embarazos. En justicia, las víctimas podían demostrar con la asistencia de una pericia que habían estado en contacto con el medicamento *in utero* y que habían sufrido consecuencias perjudiciales (cáncer). En cambio, el medicamento era distribuido en forma idéntica (la misma molécula) por dos laboratorios. Considerando el tiempo transcurrido entre el hecho generador (década del 70) y la aparición del perjuicio, (años 90-2000), era realmente imposible saber cuál había sido el laboratorio que había proporcionado el medicamento a la madre. Sin embargo, era un hecho seguro el que uno de los dos laboratorios estaba en el origen del daño. En casos muy publicitados fallados en el año 2009[26] la Corte de Casación estableció un vuelco en la carga de la prueba. A partir del momento en que la víctima demostraba que la molécula era la causa de su perjuicio, «correspondía entonces a cada uno de los laboratorios probar que su producto no constituía la causa del daño». En otras palabras, la víctima no tenía que probar que uno de los laboratorios era el que había originado su daño.

Este vuelco en la carga de la prueba fue analizado en forma diversa en doctrina. La tesis más convincente consiste en decir que la Corte de Casación recurrió a

[26] Cass. 1er civ., 24 de sept. de 2009, C. Quézel-Ambrunaz, *La ficción de la causalidad alternativa,* D. 2010. Chron. 1162.

una ficción. El vínculo de causalidad entre los laboratorios y el daño no puede presumirse, porque una presunción se basa en un análisis de probabilidades. En este caso, no existe ninguna probabilidad que un laboratorio haya estado en el origen del daño, más que el otro, lo que permitió a un autor afirmar que «en materia de causalidad alternativa, desestimar a la víctima no es ni más ni menos ficticio que indemnizarla»[27].

El empleo de una ficción para dar un vuelco a la carga de la prueba provoca un efecto radical. En efecto, es imposible, para un laboratorio, demostrar que él no tuvo injerencia en el origen del daño. En la práctica, el vuelco de la carga de la prueba acaba en una responsabilidad *in solidum* de los laboratorios. Se adoptó una solución idéntica cuando una persona es víctima de una infección nosocomial, y que esta infección puede imputarse a diferentes establecimientos de salud[28] , porque la víctima fue tratada en forma sucesiva en estos diferentes lugares.

Una vez más la carga de la prueba se encuentra en las manos de la Corte de Casación. En derecho de la responsabilidad, la alta jurisdicción utiliza esta regla probatoria para garantizar una mejor indemnización a las víctimas.

b. Flexibilidad de la atribución jurisdiccional de la carga de la prueba

Además de las hipótesis de vuelcos de la carga de la prueba, el juez dispone de un margen de apreciación, cuando determina sobre cuál de las partes recae la carga de la prueba. Este margen de apreciación aparece cuando es difícil identificar en forma clara si un medio de prueba debe ser presentado por una u otra parte. Se propone una ilustración interesante a propósito de la calificación jurídica del contrato.

Cuando una persona ha entregado una suma de dinero a otra o cuando ha efectuado un trabajo para beneficio de otra persona –y que ningún documento escrito permite conocer la naturaleza del contrato– puede surgir un contencioso en orden a saber si el contrato fue hecho a título gratuito o a título oneroso. En este tipo contencioso, el que exige el pago alega que el contrato es a título oneroso. En cambio, el que se niega a pagar pretende beneficiarse de un contrato a título gratuito. Se constata, entonces, que la jurisprudencia adopta soluciones diferentes según las especies. Por ejemplo, en un fallo del año 1989[29], un arquitecto solicitaba el pago de sus honorarios a clientes por el trabajo que había realizado. Como no había contrato escrito, los clientes pretendían que el contrato había sido celebrado a título gratuito. La Corte

[27] C. Quézel-Ambrunaz, *op. cit.*
[28] Cass. 1er civ., 17 de junio de 2010, N° 09-67.011, FS P+B+I.
[29] Cass. 3ero civ., 31 de mayo 1989, apelación N° 88-11.524.

de Apelaciones juzgó que el arquitecto debía demostrar que el contrato era a título oneroso. A la inversa, la Corte de Casación juzgó que «corresponde a quien estipula un contrato a título gratuito demostrar la intención liberal». Inversamente, en un caso juzgado en 2012[30], una persona había pagado la deuda de su hermano en un establecimiento bancario y exigía luego que su hermano le devolviera el dinero. La Corte de Casación decidió que «incumbe al que reclama la restitución de una suma entregada el probar la existencia del contrato de préstamo, así invocado».

En el primer fallo, la prueba del carácter gratuito del contrato recaía en el deudor. A la inversa, en el segundo fallo, la prueba del carácter oneroso era de cargo del acreedor. Sin embargo, en los dos casos, la pregunta formulada a la Corte de Casación fue la misma: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato? Ciertos autores explican de este modo el hecho que la carga de la prueba reposa en la práctica en quien sostiene la situación menos verosímil[31]. De este modo, es poco verosímil que un contrato de arquitecto sea pactado a título gratuito (1er ejemplo). Es igualmente poco verosímil que una persona que paga la deuda de otra sin establecer un reconocimiento de deuda en su beneficio, tenga la voluntad de prestar este dinero (2° ejemplo).

Otra parte de la doctrina considera que el juez utiliza la carga de la prueba en el marco de una verdadera política jurídica[32]. En forma general, se trataría de utilizar la carga de la prueba para asegurar la efectividad de los derechos substanciales[33]. En forma más precisa, esta política permitiría proteger a las partes que están en situación de inferioridad[34]. En efecto, la pregunta es saber si las reglas relativas a la carga de la prueba deben constituir obstáculos a la ejecución efectiva de las reglas de derecho, o bien si ellas deben, por el contrario, desaparecer frente a la primacía de la regla substancial. Así podemos preguntarnos si las reglas del derecho de la responsabilidad son efectivas cuando la víctima no está en condiciones de probar que todas las condiciones de su acción están reunidas.

La cuestión se centra en el rol que deben jugar las reglas de la prueba. Se puede tratar de garantizar la efectividad del derecho, pero puede también tratarse de garantizar que la decisión del juez se basa en una verdad constatada y segura. Finalmente, es posible imaginarse que las reglas de prueba tienen por función no el hecho de brindar una seguridad, sino más bien el convencer a los jue-

[30] Cass. 1ero civ., 9 de febrero vr. 2012, N° 10-28.475, F P+B+I.
[31] F. Terré, *Introducción general al derecho, op. cit.*, Dalloz, 9éd 2009, N°592.
[32] J. Devèze, *Contribución al estudio de la carga de la prueba en materia civil*, tesis Toulouse, 1980, N°478
[33] Jacotot, David, "Efectividad de las reglas de derecho, aptitud para la prueba: hacia una nueva atribución de la carga de la prueba", en E. Dockès (dir.), *En el Corazón de los combates jurídicos*, Dalloz, Temas y comentarios, 2007, p. 277.
[34] Ph. Malaurie, P. Morvan, *Introducción general*, 2éd, Defrénois, 2005, N° 172.

ces. Estos diferentes objetivos se conjugan en derecho francés, especialmente cuando se trata de definir las reglas que rigen la reunión de pruebas a través del proceso probatorio.

II. El equilibrio de la carga de la prueba en el proceso probatorio

El Código de Procedimiento Civil francés data del año 1975. Este código posee una ruptura con respecto al primer Código de Procedimiento Civil que fue adoptado en 1806 durante la codificación napoleónica. En efecto, el Código de Procedimiento Civil estipula que si la carga de la prueba se basa *a priori* sobre las partes, estas últimas pueden recibir la ayuda del juez, pero igualmente de los adversarios o terceros, para establecer la realidad de ciertos hechos. Esta prerrogativa tomó la forma en doctrina de un nuevo derecho: el derecho a la prueba (A). Por otra parte, el juez juega un rol activo en el proceso civil, ya que dispone de un poder de instrucción que puede ejecutar de oficio (B). Este equilibrio entre acusatorio e inquisitorio es la característica principal del procedimiento civil contemporáneo. Conduce a aligerar la carga de la prueba.

A. Carga de la prueba y derecho a la prueba

El concepto de «derecho a la prueba» conoció un desarrollo en la doctrina francesa durante el período de reforma del procedimiento civil[35]. Fue teorizado por primera vez por el profesor Goubeaux en un artículo fundador en 1981[36]. En forma más reciente, el profesor Bergeaud realizó en su tesis de Doctorado un estudio fundamental y muy detallado a propósito del derecho a la prueba[37].

El derecho a la prueba se analiza como el corolario de la carga de la prueba. Incluye tanto el derecho de producir una prueba que se detenta, como el derecho de obtener una prueba que no se posee. La existencia del derecho a la prueba muestra que el derecho francés no considera solamente la prueba como una carga o un peso, sino también como un derecho procedural del cual dispone cada parte para permitirle cumplir con su deber de probar[38]. En otros términos, el derecho francés de la prueba no abandona a las partes. Por el contrario, aliviana el peso que las aplasta. En efecto, en la concepción francesa

[35] El Código de Procedimiento Civil fue reformado por varios decretos desde 1971 hasta 1975, fecha de su entrada en vigencia.
[36] G. Goubeaux, «El derecho a la prueba», en *La preuve en droit*, Estudios publicados por Ch. Perelman y P. Foriers, Bruylant, Bruselas, 1981, p. 277 et s.
[37] A. Bergeaud, *El derecho a la prueba*, Tesis, Bordeaux 2007.
[38] *Ibid*, N°633.

del proceso, la verdad judicial no es un asunto de las partes. Ella es un asunto público, en las manos del servicio público de la justicia.

La Corte de Casación ha consagrado recientemente el derecho a la prueba bajo la forma de un principio. En un litigio en que se enfrentaban varios herederos, uno de ellos presentó al tribunal una carta que permitió establecer la existencia de una donación imputable a la sucesión. Esta carta fue dejada de lado en los debates por la Corte de Apelaciones, que arguyó que ella se refería a la vida privada y al secreto de la correspondencia. La Corte de Casación censuró esta decisión y consideró que los jueces de apelaciones deberían haber «investigado si la producción litigiosa (producción probatoria) *no era indispensable para el ejercicio de su derecho a la prueba, y proporcional a los intereses antinómicos en presencia*»[39]. El derecho a la prueba implica entonces, por principio, el derecho de presentar una pieza que se detenta ante el Tribunal. Cuando se opone a otro derecho (vida privada, secreto, etc.), el juez debe operar una conciliación entre las dos verificando que la prueba producida no genere un «perjuicio desproporcionado» a un derecho concurrente.

El derecho a la prueba permite igualmente a una parte obtener la ayuda del juez en la búsqueda de pruebas útiles para la solución del litigio. Esta ayuda toma diferentes formas. Es posible solicitar al juez que ordene un procedimiento de instrucción. En principio, el juez aprecia la oportunidad de este procedimiento, pero a veces el derecho a la prueba se lo impone. Así ocurrió en un contencioso familiar sobre filiación. En un célebre fallo del 28 de marzo de 2000[40], la Corte de Casación juzgó que «en materia de filiación, la pericia biológica es un derecho para quien la solicite, salvo si existe un motivo legítimo para no proceder a ella».

Fuera del caso de la pericia biológica, el juez aprecia soberanamente la oportunidad de ordenar un procedimiento de instrucción que es solicitado por una parte[41]. Se trata de apreciación soberana, y no discrecional. Esto significa que el juez debe motivar su decisión. Estas medidas de instrucción son muy numerosas: comparecencia personal de las partes, audiciones de testigos, pericias, etc. El derecho a la prueba se manifiesta de forma neta a través del procedimiento de producción forzada de piezas. Ella permite a una parte que no detenta la prueba forzar a su adversario para que produzca esta pieza ante el Tribunal. Este procedimiento se encontró con adversarios que reprochaban el hecho de invertir la carga de la prueba[42]. Esta doctrina podía apoyarse en la locución latina que indica que nadie está obligado a aportar una prueba contra sí mismo (*nemo tenetur edere contra se*). Por otra parte, el procedimiento civil

[39] Cass civ. 1era, 5 de abril de 2012, apelación N°11-14.177.
[40] Cass. civ. 1era, 28 de marzo de 2000, *JCP* 2000, II, 10 409.
[41] Cass. civ. 1era, 25 de abril de 1979, *Bull. civ.* I, N° 120.
[42] Cf. sobre este punto, A. Bergeaud, *Tesis précit.* N° 228.

posrrevolucionario – el del Código de Procedimiento Civil de 1806 – tenía una naturaleza acusatoria. La intervención del juez para ayudar a las partes era mal percibida por un sector de la doctrina. A la inversa, algunos autores defendían la idea que la producción forzada de piezas se había vuelto necesaria debido al interés de la justicia y al descubrimiento de la verdad[43].

La producción forzada de una pieza en justicia está prevista en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil. A la solicitud de una parte, el juez puede ordenar a la contraria o a un tercero que produzca una prueba que él detenta. Esta disposición se combina con el artículo 10 del Código Civil, que hace mención a la obligación que tiene cada uno de aportar su ayuda para la manifestación de la verdad. En este contexto, la medida de producción forzada no está concebida como una medida probatoria contra una parte, sino como una medida ordenada en aras de la verdad. Es igualmente una medida que permite obtener una prueba de la parte de quien dispone de una «aptitud para probar», ya que ella detenta la pieza codiciada. El procedimiento de producción forzada proporciona un gran poder de apreciación al juez. Cuando es requerido a razón de una demanda de producción forzada por una parte, aprecia la oportunidad de forma discrecional, es decir, sin tener que motivar su decisión[44].

En definitiva, el derecho a la prueba se impone como un derecho acordado a las partes, pero largamente condicional. En este concepto, el sistema probatorio francés está bastante alejado del sistema de *common law,* que prevee un procedimiento de *discovery* mucho más eficaz, porque apremia a cada parte a producir espontáneamente todas las piezas que podrían ser útiles al adversario. El derecho francés es un derecho intermediario. El determina una carga inicial de la prueba y disminuye el riesgo incurrido por el que debe soportar esta carga, permitiéndole obtener ayuda en la búsqueda de pruebas que no detenta. En cambio, este procedimiento está ubicado bajo un estricto control del juez, que apreciará la oportunidad, pero igualmente la licitud que posee el requerimiento de prueba. Podrá, de este modo, negarse a ordenar una medida de instrucción o prescribir la producción de una pieza en varias situaciones: sea que la parte que reclama la asistencia del juez no haya puesto en práctica todos los medios de los cuales disponía para obtener esta prueba por sí misma, (carencia de la parte); sea que la prueba solicitada no presente ningún interés para la solución del litigio (prueba inútil), sea, finalmente, que la búsqueda de la prueba atenta en forma desproporcionada a un derecho concurrente. Por ejemplo, que perjudique el secreto médico, la vida privada, etc. Es la hipótesis que designaremos con la expresión de "prueba ilícita".

[43] Par ex. E. Demontès, *La acción «ad exhibendum» en derecho moderno. Ensayo sobre el derecho a la prueba*, tesis, París, 1922.
[44] Cass. civ. 2e, 14 de nov. 1979, *D.* 1980, p. 365.

B. Carga de la prueba y oficio del juez

Oficio del juez antes del proceso

Antes del proceso el juez puede ser requerido respecto a una cuestión puramente probatoria. El artículo 145 del Código de Procedimiento Civil establece que si existe un motivo legítimo para conservar o establecer una prueba antes de cualquier proceso, el juez civil puede ser requerido por las partes con el objeto de disponer una medida de instrucción. Este es un procedimiento denominado comúnmente «medida de instrucción *in futurum*». El objetivo es permitir a una persona, que desea ejercer una acción de justicia, obtener una prueba decisiva para el éxito de su acción. El campo de aplicación de las medidas de instrucción *in futurum* es muy grande. Por ejemplo, el juez puede ordenar la producción de documentos en poder de terceros, o bien autorizar a un receptor para que proceda a una constatación de adulterio[45]. El interés de esta medida de instrucción se atiene no solamente al hecho que ella puede ser realizada antes del proceso, sino también al hecho que la prueba puede buscarse de forma no contradictoria. Así, la medida de instrucción puede ser ejecutada por sorpresa y a espaldas de la persona respectiva.

Asimismo, la parte que desea actuar en justicia (demandar) refuerza su posición antes de la apertura del proceso. Ella soporta la carga de la prueba, pero el juez le proporciona una ayuda al ejercer poderes exorbitantes: él puede ordenar medidas coercitivas (la producción forzada de una pieza) o incluso medidas intrusivas. Por ejemplo, en el contencioso entre el empleador y su trabajador, el juez puede autorizar al receptor a ingresar al disco duro de un empleado para recopilar la información, los correos electrónicos, incluso si se trata de datos privados[46]. El rol activo del juez en la búsqueda de pruebas se prolonga cuando se abre el proceso.

Oficio del juez durante el proceso

Durante el proceso, el juez dispone de una capacidad de iniciativa en la búsqueda de la prueba. El artículo 10 del Código de Procedimiento Civil simboliza este poder: «El juez tiene la facultad de poder ordenar por oficio todas las medidas de instrucción legalmente admisibles». La Corte de Casación confirma este rol activo del juez en la búsqueda de pruebas. Ella afirma de este modo en un juicio sobre las causas de un deceso que «era oficio del juez ordenar una pericia judicial autorizando al experto para tener acceso al expediente médico»[47]. Le corresponde entonces al juez apreciar en forma soberana la oportunidad de

[45] Cass. civ. 1re, 6 de febrero. 1979, *JCP* 1980. II. 19290, note Lindon.
[46] Cass. soc. 23 de mayo 2007, recurso N° 05-17.818.
[47] Corte de Casación, Cámara civil 1, del 14 de marzo 2000, 97-21.581.

ordenar un peritaje médico. El juez puede proceder a realizar verificaciones personales o a dirigirse al lugar.

Ante el Tribunal de Primera Instancia, jurisdicción civil de derecho común, un juez especial está encargado de la instrucción de la causa: el juez de la "*mise en état*" (puesta en estado). El Código de Procedimiento Civil le concede la facultad de poder oír a las partes, incluso por oficio (art. 767). En ciertas materias, el rol del juez es aun más grande, ya que tiene a su cargo el proteger a los justiciables. Tal es el caso en las áreas de la asistencia educacional y la protección de menores. El artículo 1183 del Código de Procedimiento Civil enuncia que el juez puede por oficio «ordenar toda medida de información concerniente a la personalidad y a las condiciones de vida del menor y de sus padres, en particular por medio de una investigación social». En la práctica, el juez de menores puede recurrir casi sistemáticamente a la investigación social, tan pronto como un menor se encuentre en situación de riesgo en su familia. El concepto francés del proceso civil moderno apunta, entonces, a hacer del juez no un deudor de la carga de la prueba, sino un actor en la búsqueda de la verdad. Esta concepción del proceso va en el sentido de un derecho de la prueba al servicio del derecho substancial. Las reglas de pruebas no deben ser un obstáculo para la ejecución de las reglas substanciales. Por esta razón las reglas que definen la carga de la prueba no son suficientes para lograr el objetivo de la verdad que domina el proceso francés. En la persecución de este objetivo, el Código de Procedimiento Civil está en la búsqueda de un equilibrio. El juez no debe substituirse debido a la carencia de una parte. Por esta razón, el artículo 146 prohíbe al juez ordenar una medida de instrucción si una parte dispone de elementos suficientes como para probar el hecho que ella alega. Este artículo le permite al juez negarse en particular a una medida de instrucción cuando los hechos alegados por las partes no se basan en ningún elemento serio[48]. Por el contrario, el juez debe ordenar la pericia si ésta permite obtener elementos de prueba a los que una parte no podría acceder[49].

Conclusión

El estudio de la carga de la prueba en derecho francés permite sacar a luz el equilibrio existente entre el rol del juez y el de las partes. Este equilibrio existe en derecho substancial. La ley define la regla de base de repartición de la carga de la prueba, pero el juez dispone de una cierta flexibilidad para ejecutarla. En situaciones ambiguas, la jurisprudencia opta por soluciones de oportunidad al atribuir la carga de la prueba a la persona que sea más apta para probarla. El juez utiliza también las presunciones en forma muy audaz, especialmente cuando se trata de favorecer la suerte de las víctimas en derecho de la res-

[48] Cass. com. 11 de dic. de 1979, JCP 1980, IV, 82.
[49] Cass. ch. mixta, 6 de julio de 1984, JCP p1985, II, 20338.

ponsabilidad. En derecho procesal, se dice tradicionalmente que los hechos determinan a las partes. La carga de la prueba contribuye a dar al proceso civil un carácter acusatorio. Pero en el procedimiento francés moderno el juez está muy presente. Las partes pueden solicitarlo para obtener su asistencia y el juez puede, por oficio, tomar la iniciativa de búsqueda de pruebas.

Podemos hablar de este modo de una carga compartida de la prueba que muestra que el derecho francés se define como un modelo mixto. Por un lado, el proceso es asunto de las partes, y el que emite una pretensión en justicia (es decir quien demanda) debe probar con todos los medios de que disponga los hechos que sustentan su pretensión. Por otro lado, el proceso es una cosa de interés público que necesita primero descubrir cuáles son los hechos del litigio para aplicarles posteriormente una regla de derecho. El lugar de la verdad está en el corazón del proceso civil francés y el descubrimiento de la verdad es una carga compartida.

Proyecto de Código Procesal Civil Prolegómeno

Héctor Oberg Yáñez
Profesor de Derecho Procesal

Resumen: Lo que se pretende con estas reflexiones es dar una visión general acerca del Proyecto de Código Procesal Civil, examinando no sus instituciones particularmente, sino aquello que se puede vislumbrar en lo venidero ante el uso y el abuso de lo electrónico en el sistema judicial, y que puede llevar a una transformación de lo que actualmente se conoce como Poder Judicial, cuando no a su extinción como tal.

***

Enfrentados al Proyecto de Código Procesal Civil, que pretende cambiar el actual Código de Procedimiento Civil en su totalidad, es útil recordar a Leonardo Prieto Castro quien con ocasión de similar idea en España manifestó: "Esta ley (se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) es un patrimonio heredado que no podemos repudiar llanamente, como si ninguna enseñanza ni orientación nos hubiera aportado y se hubiera hoy de dar la impresión de que hasta nuestros días, u otros posteriores, no se produce en España una legislación para la justicia civil". Pareciera ser que un afán de modernismo jurídico no siempre justificado hiciera tabla rasa de nuestra legislación tradicional en lo tocante al régimen de enjuiciar en materias de derecho privado. "Cuando ya se posee un cuerpo legal, una doctrina científica que lo ha estudiado, analizado y criticado hasta en sus últimos detalles, una doctrina jurisprudencial que lo ha interpretado, colmando muchas de sus lagunas y una práctica del Foro y la Curia que lo han entendido, entonces ese cuerpo legal puede quedar integrado, para ser completo, con los valiosos materiales que le suministran doctrina científica y jurisprudencia"(Carreras, Fenech, Prieto Castro, Serra Domínguez y otros). En verdad tales consideraciones no han sido estimadas por los autores del Proyecto en comento. Pareciera ser que los años de vida de nuestro Código de Procedimiento Civil, más que un acervo a considerar, son una pesada carga, un lastre para nuestra administración de justicia y abogados. Lo que es estimable para la persona humana (llegar a una avanzada edad) deja de ser tal cuando se trata de sus obras. Todo lo antiguo, lo viejo, no sirve y debe ser reemplazado. Es el grito de guerra: "*Delenda est* Código de Procedimiento Civil". Se cree que el código que se propone será una solución en la tramitación del litigio. No lo vemos así, por el contrario; se olvida que toda la fraseología con

que se disfrazan sus disposiciones no será suficiente para entregar una justicia rápida, expedita, basta con apreciar las reformas que le han precedido. Con todo, estos ambiciosos y generosos propósitos esperamos no queden en el ámbito de las buenas intenciones. El Proyecto estima que simplificará los trámites procesales y agilizará la resolución de los litigios civiles, y al efecto se instaura un sistema procesal mucho más sencillo y rápido, lo que será útil para mejorar el retraso en nuestros tribunales. Empero, no se considera en este proyecto un elemento que es esencial para lograr sus objetivos: el factor humano que debe hacer efectiva la letra de la ley. Toda esta reforma requiere de jueces realmente preparados y conocedores de la multiplicidad de materias que son llamados a conocer, y sabemos que en el quehacer judicial no es así. El juez requiere de un pensar pausado, sensato, de acomodar la norma jurídica a una situación dada, lo que no logra esta celeridad que se pretende introducir. La velocidad en materia jurídica es inversamente proporcional a la certeza y a la seguridad jurídica. Es menester alejar del pensamiento que el mejor juez es aquel que sentencia rápido. Se presenta a la oralidad como si fuera la panacea de los problemas que afectan a los tribunales y que la escrituración es nefasta y debe ser erradicada, olvidando que el gran salto de la prehistoria a la historia fue precisamente la escritura. Y en este proyecto, así como en los otros vigentes, se da la paradoja que de todo lo oral se debe levantar acta o registro para darle eficacia, volviendo entonces a lo que se rechaza.

Todo lo anotado lleva a que la confianza del ciudadano en la justicia se debilita, y los esfuerzos que se realizan por ahora parecen ser inútiles. No se cree en los jueces, pues el "ome justo cae en yerro siete veces en el día" (Partida III, título I, Ley I). Con todo, los jueces son el refugio de los desplazados y de todos aquellos sometidos por el poder socialmente reconocido; la defensa de todos los días está en los tribunales.

Se quiere una justicia rápida y expedita y para ello se está recurriendo a aquello que actualmente es la base, el paradigma de la velocidad: la electrónica. ¿Empero, no se percata el Poder Judicial que está firmando su propio certificado de defunción con la utilización de esta tecnología?. Es suficiente constatar que servicios como Impuestos Internos, Registro Civil, organismos previsionales, instituciones bancarias y otros están dominados por la electrónica. Y es a ese camino al que se está dirigiendo la justicia, la que dejará de ser un Poder para transformarse en una simple administración dependiente del Poder Ejecutivo. Es más simple o sencillo manejar una máquina que a un ser humano pensante que puede tener ideas propias. ¡Qué más fácil que contar con un computador que decida las controversias! Se le puede programar con todo aquello que se estime necesario para adoptar una decisión, todo el sistema estará en línea, el o los procedimientos estarán reducidos a su mínima expresión, no existirá la segunda instancia ni tampoco los distintos tribunales que nos son conocidos. Las computadoras serán las que conozcan de toda clase de conflictos, no

importando su naturaleza, a la postre y en definitiva se extinguirán los jueces, toda vez que los encargados de los artilugios electrónicos no necesitan saber derecho. Y volvemos al interrogante anterior, lo que hoy es el Poder Judicial –sus hombres, sus mujeres– ¿no se dan cuenta de lo que se están rodeando". En verdad y en forma paulatina los han estado infiltrando, ejemplo de esta situación se encuentra en el art. 348 bis del Código de Procedimiento Civil, en virtud del cual la opinión de peritos sobre la autenticidad de un instrumento electrónico suscrito con firma electrónica prevalece sobre la opinión del juez; los arts. 39 y siguientes del Código Procesal Penal aluden al registro de las actuaciones judiciales; el art. 323 del mismo Código se refiere a medios probatorios no regulados expresamente; por su parte el art. 83 del Proyecto regula el registro de lo obrado en una audiencia en imagen y sonido reproducible, y puede agregarse el art. 108, sobre notificación electrónica. Mas no es necesario seguir con estos ejemplos, es suficiente leer los procedimientos a seguir ante los tribunales de familia, laborales, de cobranza laboral y previsional, los tribunales tributarios, para concluir como el virus de la electrónica está invadiendo la actividad jurisdiccional con el beneplácito de aquellos que justamente son los llamados a tomar los resguardos que se precisan, sabiendo o debiendo saber lo que les aguarda en el futuro próximo o más lejano. Esta misma permisividad ha llevado a crear un conjunto de normas procedimentales paralelas a la regulación contenida en el Código de Procedimiento Civil y que prevalecen sobre ésta e incluso a la creación de órganos no contemplados en la ley, así por ejemplo los Centros de Notificación existentes en Santiago, Concepción y Valparaíso, por ahora.

En fin, dejemos estas disquisiciones, teniendo claro que después de ser conocidas me motejarán de agorero, retrógrado, negativista y todas aquellas expresiones más vernáculas del lenguaje que se suelen oír. Pero para ellos, la divisa de la Orden de la Jarretera: *Honi sois qui mal y pense.*

Aspectos fundamentales del proyecto de Código Procesal Civil

José Pedro Silva Prado
Profesor de Derecho Procesal
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica
Presidente del Instituto Chileno de Derecho Procesal

Resumen: El artículo sitúa al Proyecto de Código Procesal Civil en el contexto de las reformas procesales especiales que le han precedido, abordando aquellos aspectos que dan cuenta de la necesidad sistémica de un nuevo estatuto procesal civil. Se abordan asimismo los aspectos más relevantes del Proyecto, que inciden en el nuevo estatuto de los sujetos procesales –juez y partes– así como la opción por atribuir una identidad competencial a nuestra Corte Suprema. Esto último viene impuesto por la sustitución del recurso de casación en el fondo por un recurso extraordinario, cuya función primordial sería la creación y uniformidad de la doctrina jurisprudencial con una mirada prospectiva, así como el mantenimiento en manos del tribunal supremo de sus facultades conservadoras, protectoras de los derechos fundamentales y último eslabón del control de convencionalidad, que proteja eficazmente al Estado ante su eventual juzgamiento por tribunales supranacionales . Finalmente se trata la introducción de un nuevo sistema de ejecución con base en un simplificado y coherente tratamiento de los títulos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, y la introducción en nuestro medio del Oficial de Ejecución, como figura central de esta etapa procesal, institución basada en el derecho francés y de amplia aceptación en Europa, la que tiene por virtud descentralizar las actuales labores de carácter administrativo encomendadas a nuestros jueces, desahogando el sistema de cobranza y tutelando en mejor forma el derecho al crédito.

***

I. Presentación

En la primera década con que se ha iniciado el siglo XXI, Chile ha reformado gran parte de su sistema de justicia, introduciendo reformas tan profundas que han generado un cambio cultural insospechado para los operadores jurídicos, incluidos jueces y abogados, para quienes, desde luego, nos ha cambiado radicalmente la forma de ejercer nuestra actividad.

Estas reformas se gestaron en forma posterior al gobierno militar, coincidente con el retorno de nuestro país a un sistema democrático. Dicho gobierno, si bien hizo profundas transformaciones en el plano político y económico, no efectuó transformaciones de relevancia en los sistemas procesales. Basta decir que el CPP entonces vigente databa de 1906 y el CPC, de 1903. Ambos solo sufrieron modificaciones menores que en nada alteraron los modelos originales, que, paradojalmente, ya eran atrasados para su época. **Puede afirmarse que en 10 años Chile ha hecho más en materias judiciales que durante todo el siglo XX.**

La reforma más trascendente por su carácter fundacional ha sido hasta la fecha la reforma procesal penal. Catalogada en nuestro país como la "Reforma del Siglo", se le aprecia como una experiencia regional muy exitosa de políticas públicas en el ámbito judicial y es estudiada con mucho interés por expertos de la región **que la consideran un sistema adversarial bien diseñado e implementado**. La introducción de procesos orales por audiencia, con inmediación y concentración, la nueva organización de los tribunales, entre otras novedades, han constituido la base de las reformas procesales posteriores; de allí su carácter fundacional.

Le siguieron bajo su impronta la reforma de familia y la laboral, que resultaron reflejos imperfectos de aquella obra matriz. Especialmente lo fue la reforma de familia en razón de errados estudios de carga de ingresos, la representación sin letrado, la mediación facultativa y la falta de implementación gradual, extremos que causaron un caos inicial, posteriormente corregido con base en un gran esfuerzo legislativo y económico, pero especialmente judicial.

El Ejecutivo y el Legislativo están ahora en deuda con la ciudadanía en relación con la justicia civil y comercial, que constituye sin duda la gran reforma pendiente. Por su carácter supletorio y subsidiario de todos los ordenamientos procesales de la República, en rigor debió ser ésta la reforma fundacional y no la procesal penal. Sin embargo esto no fue así, de manera que ha sido la reforma procesal penal, imbuida a su turno de las tendencias y experiencias comparadas, la que ha aportado –como señalamos– los criterios básicos para las reformas procesales de la última década, y por cierto, en importante medida, para el Proyecto de Código Procesal Civil.

La introducción de procesos orales por audiencia, con inmediación y concentración y amplias garantías propias de un moderno "debido proceso", asociadas a **una nueva organización de los tribunales y el sometimiento de los diferentes órganos intervinientes a criterios de eficiencia en la gestión**, constituyen **hoy las bases ineludibles de cualquier nuevo sistema procesal en nuestro país.** Es claro entonces que el legislador chileno optó hace ya más de 10 años por estos nuevos principios, los que se han venido repitiendo en todas las reformas procesales ya realizadas.

En esa dirección, este Proyecto reacciona frente a la antinomia que representa la reglamentación de la actual justicia procesal civil con respecto a dichos estándares y **formula soluciones efectivas** en la conciencia de que, **como toda obra política, no se trata de satisfacer finalidades académicas ni intereses de los operadores de la justicia**, sino de solucionar problemas que la realidad, social, económica, cultural y ética, presenta al legislador. En definitiva se trata de satisfacer las necesidades de los ciudadanos, quienes tienen derecho a recurrir a la Jurisdicción para la solución de sus conflictos de relevancia jurídica, y el Estado tiene la obligación de satisfacer ese derecho. Para la satisfacción de ese derecho de carácter público-subjetivo, el Estado debe asegurar que el conflicto sea resuelto a través de un proceso jurisdiccional con la idoneidad suficiente para suministrar respuestas que, en ejercicio del poder-deber jurisdiccional, cualifiquen de justas e igualitarias, oportunas, eficientes y previsibles. Solo una respuesta de esas características se aviene con los parámetros básicos de un Estado de Derecho y da cumplimiento al mandato que la soberanía popular confiere a sus autoridades, elemento característico de una democracia representativa.

En la detección de esos problemas y en la formulación de las propuestas contenidas en el Proyecto hemos trabajado desde 2005 y en al menos dos etapas, más de 20 académicos de distintas universidades del país, magistrados, miembros del Colegio de Abogados, del Consejo de Defensa del Estado y del Instituto Chileno de Derecho Procesal, congregados en el Foro de la Justicia Civil. Se avanzó en 2009 con la presentación al Congreso Nacional de un Proyecto de Código Procesal Civil, el cual por decisión de este gobierno fue objeto de un reestudio y perfeccionamiento con base en el trabajo que por casi dos años realizó una Comisión Intraministerial, convocada por el entonces Ministro de Justicia don Felipe Bulnes. Al trabajo de esa Comisión se sumó el análisis y comentarios formulados por un Comité Asesor, conformado por 14 académicos representantes de diversas universidades del país. Fruto de este esfuerzo es el Proyecto en actual tramitación ante el Congreso Nacional ingresado con Mensaje N° 432-359, de fecha 12 de marzo de 2010[1], de SE el Presidente de la República, de fecha 12 de marzo de 2012. El trabajo legislativo que recién comienza se ha caracterizado por el análisis pormenorizado de cada artículo del Proyecto y por la convocatoria constante a las sesiones de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de profesores universitarios, magistrados y operadores del sistema, quienes lo han enriquecido y lo seguirán haciendo durante el proceso legislativo. Todo ello demuestra la

[1] Proyecto Boletín (N° 8197-07). Con fecha 13 de abril de 2012 se aprobó la idea general de legislar este Proyecto en la Cámara de Diputados y, desde entonces, hasta fines de julio de 2012, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia ha recibido a distintos operadores del sistema (profesores, magistrados, abogados, etc.), para exponer su visión sobre este Proyecto y recién el 31 de julio de 2012, comenzó la discusión del articulado en particular. Hasta la fecha, se han debatido 104 artículos, aprobándose la mayoría de estos.

seriedad en la forma en que ha venido siendo tratada esta iniciativa, gestada desde los gobiernos anteriores, continuada en el actual y, con seguridad, será consolidada en gobiernos futuros. Se han armonizado una pluralidad de visiones, todas ellas planteadas con sentido de Estado, situando siempre al ciudadano y a la satisfacción de sus necesidades como el eje de la preocupación.

Existe plena conciencia de que el Proyecto es la pieza fundamental, pero al mismo tiempo un punto de partida en la solución integral de los problemas que requieren ser abordados por el sistema procesal civil. El proceso de reforma a la justicia civil de nuestro país es mucho más amplio e integral, en tanto lleva asociados un conjunto de proyectos que deberán ser impulsados por el Ejecutivo dentro de este proceso legislativo, conforme a las definiciones que se vayan adoptando, relativas a temas orgánicos, de gobierno y gestión judicial, leyes complementarias y adecuatorias e incluso, eventualmente, de una reforma constitucional. Tales proyectos complementarios están siendo trabajados por sendas Comisiones formadas por el Ministerio de Justicia con participación, entre otros, de miembros de la Excma. Corte Suprema, como es el caso de la Comisión Orgánica, sin duda la de mayor relevancia. Se espera que con el auxilio de estudios técnicos y antecedentes empíricos y la enorme experiencia acopiada con las reformas anteriores, se propondrán las mejores soluciones que, debidamente socializadas, contribuyan al éxito de esta gran política pública. Sin la implementación de tales proyectos complementarios y, cada uno en su mérito, no podrá darse por concluida adecuadamente esta ambiciosa y trascendente obra. Finalmente, existe absoluto consenso en cuanto a que el éxito de esta iniciativa dependerá de la asignación adecuada de recursos estatales para llevarla a efecto, así como de la capacitación inicial y continua de sus futuros operadores, a riesgo de tornarla ineficaz o de repetir funestas experiencias anteriores.

II. Coherencia sistémica

La coherencia de los sistemas procesales obviamente no es un fin en sí misma, pero atiende a valores muy importantes para el justiciable, como los de certeza y seguridad jurídica, presupuestos a su vez de una verdadera igualdad ante la ley. Desde ese punto de vista se reconoce la naturaleza instrumental de las normas procesales, en cuanto éstas sólo tienen sentido como medios para efectivizar los derechos sustantivos. Resulta incomprensible que existan diversos y muchas veces antagónicos instrumentos para resolver conflictos de relevancia jurídica que, al fin y al cabo, en lo nuclear, obedecen a un mismo y constante fenómeno. Los instrumentos se definen en función de su utilidad y son naturalmente neutrales, como lo son las herramientas de un carpintero, o los sofisticados instrumentos tecnológicos de que se vale la profesión médica. No es concebible y menos justificable que instrumentos jurídicos como los re-

cursos y en general los medios de impugnación, por ejemplo, tengan un diseño y finalidades tan diversos en un sector del ordenamiento procesal respecto de otro. El error de hecho o de derecho es en rigor una misma anomalía en materia penal, civil, laboral o de familia, que debiera ser conjurada con similares instrumentos procesales.

No se trata empero de desconocer las especialidades que la presunción de inocencia o el principio pro operario, por ejemplo, puedan imponer en el diseño de esas herramientas, pero se trata siempre de especialidades y cuestiones puntuales, por tanto excepcionales, que no tienen por qué sacrificar la necesaria unidad del ordenamiento procesal en su conjunto. Existe una negativa e irreflexiva tendencia legislativa consistente en que, frente al reconocimiento de nuevos derechos o intereses ciudadanos planteados por la evolución social y económica, se impongan asociadamente nuevos y especiales instrumentos de tutela. Es decir, frente a cada cuerpo normativo sustantivo se adscribe un particular mecanismo de tutela que siempre redunda en definitiva, por necesidad, en el reenvío a normas generales. No se logra entender que la proliferación y multiplicidad exponencial de procedimientos jurisdiccionales complejiza el entendimiento de las soluciones, fuerza a interpretaciones muchas veces dicotómicas y genera un desafío inabordable para jueces y justiciables en la aplicación uniforme y previsible de estas herramientas procesales. Todo lo anterior, así como lo hace toda decisión contradictoria ante extremos similares, genera incerteza, inseguridad y desprotección del justiciable, y afecta sin duda la igualdad ante la ley.

El fenómeno de dispersión de herramientas procesales según el tipo de derecho o interés protegido va asociado normalmente a la reiterativa impronta legislativa de creación de órganos jurisdiccionales especializados que en muchas oportunidades no se justifican, pues la judicatura ordinaria tiene la formación necesaria y los auxilios técnicos suficientes para arribar a aquello que es inherente a toda controversia, cual es la impartición de justicia.

Volviendo al punto, estimo que es necesario reordenar el proceso legislativo, de manera que se entienda que la latitud o en su extremo la urgencia en el otorgamiento de tutela de ciertos derechos sustantivos en la mayoría de los casos puede/debe ser abordada con instrumentos procesales comunes, en tanto ellos suministran los derechos y garantías necesarios para el desarrollo de procesos racionales y justos, a los que la Carta Fundamental impera al legislador. El Proyecto da una pauta inicial y necesaria en este sentido, pues al interior de sus normas, de supletoria y universal aplicación en el medio nacional, simplifica los procedimientos de cognición en uno ordinario, sumario y monitorio, y en sede de ejecución los unifica, estableciendo un mismo tratamiento para los títulos ejecutivos jurisdiccionales y los no jurisdiccionales.

Por consiguiente y volviendo a lo postulado en el título de este apartado, el Proyecto viene a saldar una deuda de coherencia sistémica con los sistemas ya reformados en el ámbito adjetivo. En efecto, en un camino que se visualiza sin retorno, nuestro legislador ha optado por la incorporación a nuestro sistema procesal de principios largamente asentados en el derecho comparado, en que se ha entendido que un moderno debido proceso debe fundarse en la preeminencia de aquellos tan básicos como los de oralidad, inmediación, oportunidad, buena fe, concentración, libertad de medios probatorios, racional apreciación de la prueba, sólida fundamentación de las sentencias, simplificación de los grados de revisión, entre otros.

No hay duda que nuestro actual proceso civil, desesperadamente escrito, sin inmediación, desconcentrado, sin control ciudadano, abierto sin límites a vías incidentales y de impugnación, inmerso en una burocracia judicial deshumanizada que agota por cansancio a los justiciables y que retarda por años la decisión jurisdiccional, **no se aviene con la concepción de un moderno debido proceso y con el amparo efectivo que la ley procesal les debe a sus ciudadanos**. Es un modelo que ha devenido en obsoleto, ineficiente e incapaz de proteger efectivamente a los justiciables y de resolver las controversias en tiempos razonables.

En este sentido, el Proyecto de Código cierra un ciclo, representa una obra de consolidación y continuidad de esos estándares mínimos ya abordados en las reformas al sistema penal, laboral y de familia de nuestra patria, y da coherencia al sistema procesal en relación a la satisfacción de esos estándares mínimos.

La impronta reformadora se alinea además con estándares internacionales y de derecho comparado, proceso al cual la legislación referida y el Proyecto mismo no hacen más que sumarse, como no podría ser de otra forma, dado el contexto de una comunidad internacional cada vez mas interrelacionada e interdependiente. Puede afirmarse que el modelo decimonónico de nuestro actual CPC sólo existe en países de raíz hispánica común, que muy a su pesar no han logrado abordar aún su proceso de reforma, países que son por cierto minoritarios. Por lo tanto no estamos inventando nada nuevo, como en rigor no lo ha hecho ninguna de nuestras instituciones procesales, pues siempre ellas han tenido como fundamento una experiencia comparada, ¿o se cree que nuestro modelo procedimental, nuestra casación o en fin nuestro proceso de ejecución son de manufactura nacional? La génesis constante de dichas instituciones, qué duda cabe, la debemos a experiencias foráneas. Ello es simplemente reconocer la realidad y no tiene nada de reprochable, pues el desafío es otro y consiste en que la adaptación sea bien hecha y adecuada a nuestra idiosincrasia y realidad nacionales, pero esto es cuestión diferente.

En el ámbito iberoamericano destaca la labor del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que en materia procesal civil elaboró hace ya más de 20

años un Código Procesal Civil Modelo (con el aporte de los distinguidos profesores uruguayos, señores Enrique Vescovi, Adolfo Gelsi Bidart y Luis Torello y de muchos destacados procesalistas del mundo) que ha servido de fuente de inspiración a la mayoría de los Códigos Procesales Civiles de la Región, entre los que destacan el Código General del Proceso de Uruguay de 1989, el Código Procesal Civil de Perú de 1993, el reciente Código General del Proceso de Colombia de 2012 y también de nuestro actual Proyecto (sin perjuicio de otras fuentes nacionales, como el NCPP, o europeas, como la LEC española de 2000). Los países que no han consolidado sus reformas están en vías de hacerlo, como Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, entre otros[2]. **Todos estos cuerpos normativos, sin excepción, se han estructurado a partir de esas constantes comunes, de manera que sin exageración puede sostenerse que están sentadas las bases para un sistema iberoamericano común.**

De otra parte, la legislación procesal civil, llamada a ser el "buque insignia" de los sistemas procesales, por su vocación de derecho común, general y supletorio, **no puede cumplir su cometido**, pues plantea –como se advierte de lo dicho– un modelo inconciliable con los sistemas reformados, generando una brutal tensión. No solo se trata de que el Proyecto se ajuste a los principios enunciados, sino que debe generar además un estatuto procesal sólido y coherente que pueda cumplir adecuadamente esa vocación supletoria. Es sabido que los sistemas procesales "especializados", por su propia naturaleza, abarcan solo aquellos aspectos propios del ámbito que regulan, pero dejan un campo abierto de aplicación supletoria e integradora de las normas comunes del proceso civil. Por ende, uno de los desafíos mas importantes del Proyecto ha sido regular un estatuto procesal lo más amplio y completo posible con el fin de satisfacer la vocación supletoria de esos sistemas. Así, el Proyecto abunda sobre temas generales como la aplicación e interpretación de normas procesales, el estatuto de las partes, normas sobre capacidad, litisconsorcio activo y pasivo, intervención de terceros, pluralidad de acciones, comunicaciones procesales, actos procesales y su ineficacia, prejudicialidad, sistema cautelar, regulación integral del fenómeno probatorio, resoluciones judiciales, cosa juzgada, por mencionar algunos.

III. Rol de los sujetos procesales

III.1. Rol del Juez:

Definir el rol del juez significa contestar la pregunta: **¿qué esperamos de él en tanto delegatario de una partícula de la soberanía estatal encar-**

[2] Santiago Pereira Campos, Carolina Villadiego Burbano, Héctor Mario Chayer: *Bases Generales para una reforma a la Justicia Civil en América Latina y el Caribe*, CEJA, octubre 2009.

gado del ejercicio de la función jurisdiccional? Ello conduce a preguntarnos **acerca del propósito de esa función y, más específicamente, del proceso como su instrumento.**

Puede afirmarse que la jurisdicción como función y el proceso como su instrumento deben conducir **a la solución del conflicto con base en fundamentos axiológicos**. Hablamos del **proceso al servicio de la producción de soluciones justas**. Es difícil señalar **qué debemos entender por una solución justa**, en tanto las respuestas son tan variadas como opciones filosóficas o ideológicas existen.

Desde el punto de vista normativo, las normas jurídicas están estructuradas a base de un presupuesto fáctico y de uno jurídico, en que la labor del juez consiste en subsumir el primero en el último, para obtener el beneficio jurídico que el legislador previó al dar vida a la regla. Por ende, bajo esta mirada normativa, podemos señalar que la solución será justa al menos cuando se cumplan las siguientes condiciones:

1. Se fundamente en una determinación verdadera, correcta y aceptable de los hechos.

2. Cuando la solución aplique o interprete correctamente el derecho.

3. Cuando el procedimiento se ha tramitado respetando las garantías propias de un debido proceso.

Por consiguiente, con base en lo anterior, es posible afirmar que una solución justa será aquella que cumpla al menos las tres condiciones antedichas. Es presumible que una solución de esa naturaleza garantice de mejor forma y con vocación de permanencia la incertidumbre que genera la litispendencia, logrando que la paz social se asiente sobre bases más sólidas.

Lo que se viene sosteniendo corresponde exactamente al derrotero que establece la Constitución Política, la cual impera al Estado la consecución del bien común, y en lo que a la función jurisdiccional atañe, **ordena al legislador** utilizar procedimientos que satisfagan criterios de **racionalidad y justicia.** Al mismo tiempo, el artículo 5° de la Carta Fundamental, que reconoce la limitación de la soberanía a los efectos del respeto de los derechos esenciales de la persona humana garantizados también por los tratados internacionales ratificados por Chile[3], permite con referencia a dichos instrumentos normativos, dotar de contenido específico a las garantías judiciales que integran la noción de

[3] Destacan entre estos la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", en especial su artículo 8.1, y el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

debido proceso. **No estamos en presencia entonces de un conglomerado de buenas intenciones, sino de un mandato operativo perentorio.**

Si lo anterior es correcto, ya tenemos la clave del rol que el Estado, a través del legislador, asigna normativamente al juez en tanto titular de la función jurisdiccional, y al proceso como su instrumento: está imperado de resolver las controversias de relevancia jurídica, no de cualquier forma, sino de manera justa, entendiendo por tal aquella que, a lo menos, da cumplimiento copulativo a las tres condiciones antes enunciadas.

Con base en lo expuesto, destaco po vía ejemplar las siguientes características que el Proyecto hace suyas:

Proactividad: Si hablamos de un imperativo de actuación de rango constitucional, de un hacer, es imposible tener un Juez pasivo, sino que, al contrario, ha de ser un Juez activo que asuma con decisión el despeje del estado de incertidumbre que perturba la convivencia. Ello es además correlato básico del derecho a ser juzgado en un "plazo razonable" –no "rápido"–[4] , pues conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo suyos criterios de la Corte Europea[5], **ello supone una determinada conducta de las autoridades judiciales**. Esto permite reflexionar que la discusión entre "activismo judicial" como antónimo del "garantismo judicial", es más bien una discusión académica, pues normativamente el ordenamiento constitucional impera sin hesitación, la primera postura. Por ende, es correcta la opción por un juez Director del Proceso, que tenga iniciativa, que conduzca el proceso a su fin natural sin dilaciones indebidas; un juez que no dependa de la actuación o falta de actuación de las partes, ni de la forma en que éstas conduzcan el proceso, **siempre funcional a sus intereses, pocas veces funcional a la justicia. Recuerda Peyrano: *"Los jueces no deben ser más "convidados de piedra" al banquete del litigio. Hasta hace algunos años, debían permanecer "ciegos, sordos y mudos". El principio dispositivo crudamente entendido convalidaba tan prescindente actitud. Hoy las cosas no es que estén cambiando, han cambiado.***

Atribuciones inquisitivas: En el ámbito más importante relativo a la construcción de la solución de fondo que el Juez está imperado de alcan-

[4] Elsa García-Maltrás de Blas, 3 de octubre de 2007, "El paper de la Comissió Europea dÉficacia de la Justicia del Consell dÉuropa, Material Jornades Sobre Bona Administració de Justicia i Tutela Judicial Efectiva: "Mas que un proceso rápido, el concepto óptimo entraña el de un proceso en el que el tiempo se ha gestionado de forma eficaz. El objetivo de lograr una justicia de calidad no debe confundirse con el de lograr una justicia rápida. Una tramitación precipitada de los asuntos podría poner en peligro otros derechos recogidos en el artículo 6 (como el de acceder a la justicia o tener tiempo suficiente para preparar la defensa) o afectar la calidad de las decisiones y resoluciones judiciales", pág 5.

[5] Caso Genie Lacayo,. Sentencia del 29 de enero de 1997. C N° 30 de la Corte I.D.H.

zar, deben dársele herramientas eficaces para la búsqueda de la verdad de los hechos, como base del juzgamiento justo. No me refiero solamente al posible uso de medidas probatorias oficiosas, que me parecería reduccionista, sino a su participación activa y con inmediación en la producción, control y selección del material probatorio. Debe advertirse empero que **estas atribuciones en nada alteran el principio dispositivo que se mantiene incólume, como el ejercicio del derecho de acción, la determinación del objeto del proceso, el principio preponderante de aportación del material probatorio por las partes, el pleno respeto al principio de congruencia, el respeto a los mecanismos de autocomposición, etc.**

Responsabilidad: No existiría razonabilidad alguna en la asignación de mayores atribuciones sin un estándar de calidad y un efectivo control de su ejercicio. Destaca en esta dirección la exigencia de una **fundamentación exhaustiva** de las resoluciones judiciales y en especial de la sentencia, sometida a un doble control: (i) **Control endoprocesal** efectuado por los justiciables a través del sistema recursivo amplio de segundo grado, y (ii) **Control social extraprocesal** efectuado por la comunidad (que es propio de una sociedad democrática) permitido por la consagración amplia del principio de publicidad del proceso y de la función jurisdiccional.

Liberación de funciones ajenas a lo jurisdiccional: El mismo sistema, al exigir tan altos estándares, debe liberar al juez de todos aquellos obstáculos o funciones que no atañen al núcleo de su responsabilidad. En esa dirección tiene sentido liberar a nuestros magistrados del ejercicio de tareas ajenas a su misión, como son aquellos actos jurídicos procesales que no conllevan el ejercicio de atribuciones propias y nucleares de la jurisdicción, como ocurre en los procedimientos de ejecución, con la subasta de inmuebles, la administración de los bienes embargados, las liquidaciones de créditos, etc.

El Proyecto de Código Procesal Civil, como se señaló, se alínea con estos conceptos y, desarrollando el mandato constitucional, asume que el proceso es un instrumento para resolver los conflictos en forma justa. Consecuencialmente adopta en lo funcional un conjunto de normas que constituyen herramientas necesarias para que el Juez pueda cumplir su misión con base en tales estándares:

En cuanto a su proactividad:

- **Impulso procesal**: le corresponde al juez típico de un proceso por audiencias, **Art. 3°. *Dirección e impulso procesal.*** La dirección del procedimiento corresponde al tribunal, quien adoptará de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo

de evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones indebidas a la justa solución del conflicto. Consecuentemente, se erradica en lo fundamental la institución del abandono del procedimiento.

- **Control de la demanda y contestación**: control de requisitos de **existencia** (v.gr. capacidad de goce, falta de jurisdicción), **validez** (falta de representación, incompetencia absoluta), y de **eficacia** (manifiesta falta de legitimación) (art. 234). **Integración del litisconsorcio necesario, activo y pasivo** (arts. 32 y 33). Falta de requisitos de la demanda, pueden ser subsanados por orden del Tribunal en 10 días, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada.

- **Apreciación de oficio de la falta de capacidad.** La falta de capacidad para ser parte, así como de capacidad procesal, podrá ser declarada de oficio por el tribunal hasta en la audiencia preliminar (art. 21).

- **Más facultades cautelares**: sustitución de la cautela solicitada por una menos gravosa (art. 172), medidas innovativas (art. 189).

Conciliación: bases de arreglo (art. 280 N° 4).

En cuanto a sus atribuciones inquisitivas:

- **Actividad probatoria oficiosa**: Rol del juez en la búsqueda de la verdad de los hechos, puede decretar diligencias hasta antes del término de la audiencia preliminar; Inspección judicial y reproducciones de hechos, **art. 334.**

- **Facultades del Tribunal en relación con el interrogatorio de testigos, peritos y partes. Art. 345.** Una vez interrogado por los litigantes, el juez podrá efectuar preguntas al testigo o perito, así como a las partes que declaren, con la finalidad de pedir aclaraciones, precisiones o adiciones a sus respuestas. **Posibilidad de decretar careos entre peritos, testigos y partes, en caso de contradicción en sus declaraciones.**

- **Principio de facilidad de la prueba: principio básico de justicia, atribución ex ante de la carga probatoria (arts. 280 N° 9 y 294 inc. 2°)**

- **Control del debate y de la buena fe procesal**. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe. El tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, colusión, contravención de actos propios o cual-

quiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe **(art. 5°).** A partir de este principio y no obstante prevenciones normativas específicas como las de facilidad de la prueba o las referidas a las consecuencias derivadas para el demandado por la no controversión de los hechos afirmados en la demanda, se abre un amplio campo para la valoración de la conducta procesal de las partes, como elemento probatorio indiciario, permitiendo la formulación de presunciones judiciales útiles para la decisión del conflicto.

- **Elaboración del juicio de hecho**: **SANA CRÍTICA** como principio general subsidiario (art. 295).

- **Exclusión de la prueba**: ***Exclusión de prueba.*** El juez ordenará que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas pruebas que fueren **manifiestamente impertinentes o no idóneas**; las que tuvieren por objeto **acreditar hechos públicos y notorios**; las que resultaren **sobreabundantes**; las que hayan sido obtenidas **con infracción de garantías fundamentales o hubieren sido declaradas nulas** y aquellas que **recaigan sobre hechos no controvertidos,** a menos que, en este último caso, se tratare de cuestiones indisponibles para las partes (art. 292).

En cuanto a su responsabilidad:

- **Motivación exhaustiva resoluciones judiciales:** motivación de las sentencias y de todas las resoluciones salvo las de mero trámite, mucho más exhaustiva; análisis de la prueba incluso de la desestimada; se deja en claro que la simple enumeración de medios probatorios o de solicitudes no es fundamentación (arts. 204, 205 y 206).

- **Plazo para dictar la sentencia definitiva.** El tribunal deberá dictar sentencia definitiva **dentro de los diez días siguientes a aquel en que hubiere terminado la audiencia de juicio o la última audiencia de prueba decretada por el tribunal en los casos previstos por la ley.** Si la audiencia de juicio hubiere durado más de tres días, el tribunal dispondrá de un **plazo adicional de un día por cada dos de exceso de duración del juicio. Sanción:** Transcurrido el plazo respectivo sin que se hubiere dictado sentencia definitiva **se producirá de pleno derecho la nulidad de la audiencia de juicio constituyendo ello una falta grave que deberá ser sancionada disciplinariamente (art. 351).**

- **Aplicación e interpretación.** Al aplicar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que **el fin de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustantiva**, y que en la pronta

sustanciación de los procesos y la justa resolución de los conflictos sometidos a su competencia existe un interés público comprometido (**art. 13).**

- **Inmediación.** Las audiencias se realizarán **siempre con la presencia del juez, a quien queda prohibida, bajo sanción de nulidad, la delegación de funciones (art. 7°).** Las resoluciones judiciales deberán ser pronunciadas por el juez que hubiere asistido a la audiencia respectiva. El mismo juez que hubiere dispuesto la suspensión de una audiencia deberá, bajo sanción de nulidad, continuar conociendo de ella tras su reanudación y hasta su completa terminación. La sentencia definitiva deberá ser pronunciada por el juez que hubiese estado a cargo de la audiencia de juicio. A su turno, si se hubiere rendido prueba anticipada o de modo prejudicial, el juez que la hubiese recibido, deberá, necesariamente, tener a su cargo la audiencia de juicio (art. 202).

Liberación de funciones ajenas a lo jurisdiccional:

El Proyecto opta por la introducción en nuestro medio de la figura del Oficial de Ejecución como figura central de la ejecución. Se tratará en principio de un profesional privado que ejercerá una **función pública**, y que será el encargado de todos los actos materiales que supone esta fase jurisdiccional, **pero sin intervención alguna en la actividad de "conocimiento" y "juzgamiento" que atañen al núcleo de la función jurisdiccional, ni en la disposición de la fuerza pública, última ratio del cumplimiento del derecho, reservada constitucionalmente a nuestros jueces, estatuto que permanece inalterable.**

III.2. Rol de las partes:

La mirada al rol de los sujetos del proceso no puede agotarse, a riesgo de ser parcial, en la sola apreciación del rol del juez. Juez y partes integran el elemento subjetivo del proceso, son los sujetos de una relación jurídica de derecho público que interesa e implica indirectamente a toda la sociedad, pues como señala el Proyecto en su artículo 13 relativo a la aplicación e interpretación de las normas procesales: *en la pronta sustanciación de los procesos y la justa resolución de los conflictos sometidos a su competencia, existe un interés público comprometido.* Por ende, las partes y quienes por ellas actúan, los abogados, en tanto sujetos de esta relación pública, también tienen un rol que cumplir, conformado por un conjunto no solo de derechos y facultades, sino que por deberes, cargas y obligaciones.

El Proyecto refuerza cuestiones esenciales que atañen al rol de las partes que, al someter sus controversias a la resolución del Estado, requieren de una forma de actuación de buena fe, responsable y colaborativa. No se puede permitir que el

Estado cohoneste una actuación procesal apartada de tan básicos criterios, en tanto ello atentaría en contra de sus propias bases, del interés general llamado a tutelar, en síntesis contrariaría el bien común, que es su finalidad esencial. Consecuente con lo expuesto, la base fundamental del patrón de conducta exigido a las partes está constituida por el artículo 5°, que contiene el principio de la buena fe. Este principio general del derecho –auténtico principio en tanto no admite excepciones– impera a las partes, sus apoderados y en general a todos quienes deban intervenir en el proceso, el deber de actuar de buena fe. No se trata de una aspiración romántica, sino de un principio claramente positivizado, con correlatos en instituciones muy concretas a lo largo del proyecto, todas ellas sustentadas en este criterio rector.

El Proyecto postula disuadir de las conductas maliciosas, la chicana y en general del uso del proceso con fines espurios, extorsivos o dilatorios. Se postula una litigación con las cartas abiertas, sin sorpresas malintencionadas, funcionales de una supuesta "estrategia de litigación". Así las cosas, establece la necesidad de que las partes acompañen preclusivamente en su demanda y contestación todos los documentos de que dispongan, así como ofrezcan todos los medios probatorios de que se valdrán para probar sus extremos fácticos (arts. 254, 255, 273). Se trata entonces que las demandas sean presentadas responsablemente, sin improvisaciones, contando con todo el material probatorio que sustente la razonabilidad de lo que se postula, y no se use el proceso para "armar" un caso en el camino. Igual conducta se exige al demandado. Lo anterior no obsta a la prueba que pueda ser necesaria al tenor de hechos nuevos que puedan surgir del proceso y de los que no se haya tenido noticia, los cuales verán consecuentemente ampliadas las posibilidades probatorias.

En la misma dirección el artículo 50 otorga a la parte vencedora por sentencia ejecutoriada el derecho a demandar a la parte contraria una indemnización de perjuicios causados por el proceder de mala fe o temerario. Esta acción debe incoarse dentro del plazo de 6 meses de encontrarse a firme la resolución que puso término al juicio, ante el mismo Tribunal que conoció del pleito, y se tramitará conforme a las reglas del procedimiento sumario. Ante esta posibilidad, se aspira a que las partes tomen especial precaución en el ejercicio de sus pretensiones, excepciones o defensas, disuadiendo no solo del inicio de procesos sin destino, sino de ejercer sus derechos en forma leal y proba.

Una conducta reiterada en la utilización de expedientes dilatorios en el proceso puede ser sancionada por el Juez con la condena solidaria en costas al apoderado, previa advertencia a este último de la posible aplicación de esta sanción (art. 45).

Otro aspecto importante es el deber de colaboración para con el tribunal. Así en materia probatoria, y bajo la equívoca denominación dogmática de "carga

dinámica", de lo que se trata simplemente es que si una parte tiene en su poder la prueba o tiene mayor facilidad de acceso a ella, sea ésta la imperada a aportar al proceso el material probatorio. Si el juez no contara con ese material, indispensable para resolver, daría cuenta del fracaso de la justicia, reflejado esto en la aplicación de las normas sobre carga de la prueba. Si la buena fe es un principio general del derecho, es decir, una máxima que no admite excepciones, no se divisa la razón por la cual debiera tolerarse que una parte oculte o se niegue a suministrar un material probatorio que efectivamente tiene en su poder, pues en tal caso estaría obrando de manera oclusiva y de mala fe. Ahora bien, en muchas oportunidades será difícil o imposible forzar a esa parte a aportar con lealtad el material probatorio, por ende la solución a este extremo se construye a partir de la buena fe consagrada normativamente. En efecto, esa conducta maliciosamente obstruccionista permitirá el Juez apreciarla con carácter "indiciario" y con base en máximas de experiencia, construir a partir de ella una legítima presunción judicial que, por vía inductiva o deductiva, lo facultará para dar como ciertos los hechos afirmados por la parte contraria. Esto no es nuevo en nuestro derecho nacional, como lo demuestra el artículo 724 del CPC[6], ni en el derecho comparado, como lo demuestra el artículo 217.6 de la LEC española de 2.000[7]. Me parece que incluso sin la norma del inciso 2° del artículo 294 del Proyecto, podría arribarse a idéntica conclusión. La ventaja empero de la norma tal cual está concebida es que el juez debe advertir tempranamente a la parte de la posible aplicación presuncional, adversa a sus intereses, que sugeriría este tipo de conducta (debe hacerlo preclusivamente en la audiencia preliminar, artículo 280 N° 9).

IV. Opción de fortalecimiento del rol institucional de la Corte Suprema

No se trata de efectuar un juicio crítico de la labor de la Corte Suprema en torno a su principal competencia –por su impacto en el Estado de Derecho–, que es el conocimiento y fallo de los recursos de casación. Nos parece que los defectos que acusa dicha competencia derivan de su diseño normativo, fundamentalmente oscilante o, dicho más claro, por su falta de carácter e identidad. A ello se suma un perfil orgánico y funcional que atribuye a la Corte Suprema un conjunto de funciones y competencias que contribuyen a la pérdida de esa identidad. Así, actúa como tribunal de instancia, conociendo del segundo grado en recursos

[6] CPC: *2. De los juicios de mínima cuantía. Artículo 724: La prueba se apreciará en la forma ordinaria. Pero podrá el tribunal, en casos calificados, estimarla conforme a conciencia, y según la impresión que le* ***haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él.***

[7] LEC ***Artículo 217.*** Carga de la prueba: 6. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener ***presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.***

de protección, amparo, amparo económico y de resoluciones dictadas por tribunales especiales como el de Libre Competencia; actúa además como garante de las garantías constitucionales en ejercicio de sus facultades conservadoras, en materia procesal penal o bien en materia civil, conociendo del recurso de casación en la forma; actúa también como garante de la legalidad, resolviendo controversias particulares en casos de infracciones de derecho y, además, se postula su labor en la generación prospectiva de doctrina jurisprudencial. La pregunta de fondo, que deberán responder los poderes constituyente y legislativo, es tan simple como crucial: ¿qué Corte Suprema queremos?

En el derecho comparado, la noción de Corte Suprema, Tribunal Supremo, Corte de Casación, etc., es polisémica. Sólo comparten el hecho de tratarse de un órgano público, normalmente situado en el vértice o cúspide de la estructura del Poder Jurisdiccional y, por lo tanto, no existe órgano público superior ante el cual plantear una impugnación de sus resoluciones. De ahí en adelante, la configuración de dicho órgano en los distintos países es diferente, conforme difieren las funciones asignadas en cada caso.

En general, como nos enseña Taruffo[8], toda Corte Suprema desarrolla dos funciones fundamentales: en primer lugar, efectúa un control de legalidad sobre las decisiones pronunciadas por los jueces inferiores y, en segundo lugar, opera asegurando una relativa uniformidad de la jurisprudencia, tanto de la propia como la de los órganos judiciales de nivel inferior[9].

Sin embargo, las Cortes Supremas desarrollan esas funciones básicamente al tenor de cuatro modelos: el angloamericano, el modelo alemán, el modelo franco italiano y el hispano:

- **El modelo angloamericano** tiene por finalidad fijar una legalidad futura, es decir, la definición de la correcta interpretación y aplicación de las normas que serán objeto de juicio en los casos posteriores en los que las mismas normas podrían ser relevantes para la decisión[10]. El precedente es el instrumento que permite expandir hacia futuro la aplicación que la Corte ha dado a una cuestión de derecho como una tendencia uniforme en la aplicación de la ley, que radica su eficacia más en una fuerza persuasiva que en su obligatoriedad[11]. Se caracteriza la Corte por la existencia de

[8] Antecedentes obtenidos con la colaboración del profesor Cristián Maturana, y obtenidos de su trabajo para el Seminario "Reforma Procesal Civil: Desafío Republicano del Siglo XXI", Rol de la Corte Suprema, 27 de septiembre de 2012.

[9] Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 93. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho.* Marcial Pons. Madrid. 2009.

[10] Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 94. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho.* Marcial Pons. Madrid. 2009.

[11] Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 95. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho.* Marcial Pons. Madrid. 2009.

pocos jueces que deciden pocos casos gracias al mecanismo del *certiorari*, lo que permite producir una jurisprudencia coherente susceptible de ser conocida y, sobre todo, con autoridad y capacidad para influenciar –en el sentido de una razonable uniformidad– la jurisprudencia posterior[12].

- **El modelo alemán**, propio del *civil law*, a partir del 2001, **permite a la Corte en forma discrecional admitir el recurso ante ella**, únicamente cuando esta implicase una cuestión jurídica de fundamental importancia o cuando una decisión de la Corte de Revisión fuere necesaria para la evolución del derecho o para crear una jurisprudencia uniforme[13]. La Corte debe *administrar la legalidad* conforme a una precisa determinación normativa, pero con espacios de discrecionalidad bastante amplios, de manera de generar decisiones de *cara al futuro*, es decir, dirigidas a hacer que la misma cuestión se resuelva por los jueces posteriores siguiendo las indicaciones dadas por la Corte Suprema[14]. La Corte alemana conoce de unos cuantos miles de casos, no siendo su intervención una rara *avis* destinada a hacer su aparición solo en poquísimos y excepcionales casos, sino que es un evento estimado como normal en la vida del ordenamiento[15].

- El **modelo franco italiano,** basado en la Corte de Casación, **no reconoce la existencia de filtros de los recursos que se someten al examen de la Corte de Casación**, lo que conlleva a que los asuntos que resuelvan sean más de 22.000 en materia civil al año 2006 y que cuenten con casi 200 magistrados[16]. La Corte se remite a una función esencialmente privatista, en tanto responde a la exigencia de las partes privadas de cada controversia de encontrar una solución final a la cuestión particular planteada.[17] Se genera una jurisprudencia tumultuosa, desordenada, escasamente previsible –y sobre todo– de tendencia contradictoria. Se habla de jurisprudencia para aludir a un conjunto excesivo, desordenado y a menudo incoherente de sentencias, en el cual cada uno tarde o temprano, con un poco de paciencia, encuentra lo que le sirve (e incluso lo contrario)[18]. La Corte se limita a anular la sentencia en la cual se

[12] Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 97. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.
[13] Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 98. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.
[14] Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 99. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.
[15] Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 100. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.
[16] Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 101. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.
[17] Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 102. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.
[18] Taruffo Michele. "Las funciones de las Cortes Supremas". Pág. 103. En *Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho*. Marcial Pons. Madrid. 2009.

hubiere cometido la infracción de ley, pero no procede como regla general a dictar una sentencia de reemplazo, sino que a efectuar un reenvío del asunto para su fallo por el tribunal inferior.

- **El modelo hispano,** al cual se adhiere nuestra casación en el fondo, no es más que una variante del modelo franco italiano, en el cual **la Corte no se limita solamente a anular la sentencia en la cual se hubiere cometido la infracción de ley, sino que procede a dictar una sentencia de reemplazo cual tribunal de instancia**, sin efectuar por ello un reenvío del asunto al tribunal inferior.

- **El modelo chileno:** Desde los orígenes de la institución, al menos bajo esta nomenclatura, nuestra casación ha estado dividida en dos instrumentos anulatorios distintos:

i. La casación en la forma fundada en la **infracción de leyes procesales formales** u **ordenatoria litis** enunciada a base de un **catálogo no taxativo de causales** (cuyo antecedente patrio es el "Recurso Extraordinario de Nulidad" introducido por la ley de 1/03/1837), expediente fundado en la protección de los derechos fundamentales, en este caso del debido proceso, y

ii. La casación en el fondo, fundada en la **infracción de leyes procesales o sustantivas decisoria litis,** a base de **una causal amplia e inespecífica de violación de ley con influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia** (se implementó legislativamente en el CPC de 1903, no obstante que ya en la Ley de Organización de los Tribunales de 1875, se había dado competencia para su conocimiento a la Corte Suprema. La situación era insostenible, pues se daba la dicotomía de anulación de los fallos por violación de leyes de procedimiento manteniéndose no obstante incólumes, en caso de flagrante violación de la ley decisoria). Ambos recursos han convivido entonces en campos, en principio, perfectamente discernibles.

En relación con el recurso de **casación en el fondo**, que ha sido el que más problemas ha presentado en su diseño y aplicación práctica, la experiencia nacional ha sido compleja, a mi entender por una incoherencia originaria entre fines y medios:

i) Desde la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1903, se planteó como fin declarado del recurso la defensa del *ius constitutionis* o interés público. Un comentarista de la época señalaba que: *"El establecimiento de la institución tuvo en mira un alto interés jeneral y de orden público. Su objeto es contener a todos los tribunales i jueces en la estricta observancia*

de la lei, e impedir toda falsa aplicación de ésta i su errónea interpretación a la vez que uniformar la jurisprudencia"[19]. Más adelante y citando expresiones de la "Comisión Mista de senadores i diputados" de 1895 en relación con la importancia de este instrumento para garantizar la igualdad ante la ley, señalaba: *"No basta que unas mismas leyes rijan para todos los habitantes; es preciso también que rijan para todos con la misma intelijencia".*

ii) En su diseño normativo específico y con base en la experiencia, empero, el recurso de casación se ha estructurado como un medio de impugnación jurisdiccional cuya impronta ha sido la **tutela específica del caso concreto**. Incluso desapegándose de los fines públicos –según lo refiere el Mensaje– se evitó el reenvío tan propio de su original carácter de instrumento político de protección de la obra legislativa, *"...Aun cuando, para conservar a la casación su verdadero y elevado carácter, aconsejan muchos jurisconsultos limitar las funciones del tribunal a solo la declaración que invalida el fallo reclamado, se ha creído preferible encomendarle también la resolución del asunto en que la casación recae, con el fin de evitar dilaciones i gastos a los litigantes, una organización más vasta del tribunal a quien se encarga esta misión".*

iii) ¿Cuál ha sido la experiencia práctica en Chile tras un siglo de aplicación?:

a) La experiencia ha demostrado que la atención indiscriminada del ***ius litigatoris* no es posible ni es eficiente**, puesto que ha llevado a una situación permanente de colapso histórico de nuestra Corte Suprema. Los esfuerzos del legislador en el pasado para limitar el acceso a la casación, por ejemplo, contemplando la *summa gravaminis* (restricciones de cuantía), consignaciones, etc., y la restrictiva interpretación de la Corte de Suprema para permitir el acceso solo a través de complejísimos ejercicios de cita detallada de las normas jurídicas violentadas, **nos llevaron al extremo de una desaparición progresiva del recurso**, con cargo a su suplantación por el recurso de queja, expediente disciplinario y no jurisdiccional, que trajo lamentables consecuencias de abusos, falta de debido proceso y debilitación absoluta de la doctrina jurisprudencial.

b) La traumática experiencia aludida movió el péndulo legislativo al extremo opuesto, pues hoy día –salvo contadas excepciones– se ha consolidado en torno a que cualquier asunto, con independencia de su naturaleza, materia, o cuantía puede acceder a la sede de Casación del Tribunal Supremo.

[19] *Código de Procedimiento Civil, anotado,* por David Toro Melo i Aníbal Echeverría i Reyes (Edición Oficial), Santiago de Chile, Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, Calle de la Moneda 807 a 843, 1902.

Salvo esfuerzos por delimitar el ámbito de lo fáctico, la ordinarización del recurso por efectos de los cambios normativos introducidos en las últimas décadas, lo ha transformado **en una tercera instancia, reservada, es cierto, a litigantes más avezados que el común.**

c) Los problemas históricos que acusa nuestra casación civil no son distintos a los experimentados en España (nuestro referente) antes de la Ley 1/2000. Nada nuevo bajo el sol, pues en una vacilación permanente entre la satisfacción del interés particular y el interés público –ambos ínsitos en la naturaleza de este instrumento– la práctica demuestra la histórica insatisfacción de ambos extremos. Una casación entendida por los justiciables y en los hechos legislativamente concebida como un derecho a una tercera revisión del caso particular, una Corte Suprema en permanente funcionamiento extraordinario, una desesperada y forzada utilización de filtros subjetivos para desahogar el colapso y las falencias en la generación de doctrinas jurisprudenciales uniformes y de calidad, son los defectos mayoritariamente reconocidos a nuestro instrumento casacional. En relación a este último e importante aspecto, basta señalar que cuando en una Sala hay posiciones divididas, un solo miembro, que puede ser incluso un abogado integrante, determina la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el tópico en análisis (lo que evidencia la precariedad en la sustentación de la doctrina). Tampoco ha funcionado la facultad de conocimiento por el pleno a petición del recurrente en caso de existir jurisprudencia contradictoria (artículo 782 del actual CPC).

Con base en la experiencia histórica de nuestra casación en el fondo, que la ha hecho bascular entre la protección de *ius litigatoris* y el *ius constitutionis* indiscriminadamente y sin atención a la realidad de las cosas, se demuestra entonces la insatisfacción de ambos propósitos y ello, repito, solo es reprochable en razón del imperfecto diseño normativo del instituto. No puede dejar de destacarse que el legislador chileno de los últimos tiempos, de uno u otro modo ha variado el rumbo, reconociendo implícitamente este fracaso, pues no de otra forma pueden entenderse las modificaciones legislativas ocurridas en otros órdenes procesales durante la última década. Así en materia procesal penal, el legislador ha mutado la casación por el recurso de nulidad, cuestión que conlleva más que un cambio en la fe de bautismo, pues dicho recurso pone fundamentalmente su énfasis en el *ius constitutionis*, esto es, en la vocación prospectiva del instituto como instrumento idóneo para la uniformidad de la doctrina jurisprudencial, como lo refleja el artículo 376 inciso 3° del NCPP. Otro tanto ocurre en materia laboral con el Recurso de Unificación de Jurisprudencia, que, bajo esta denominación, atribuye la misma función uniformadora a la Corte Suprema (artículos 483 y ss. del Código del Trabajo).

Cuestión aparte y no menos importante es la función que históricamente ha cumplido la Corte Suprema, en relación con la protección de las garantías cons-

titucionales de los ciudadanos, aspecto que escrupulosamente han preservado las últimas reformas procesales. Lo anterior tiene un correlato con los tratados internacionales ratificados por Chile en el ámbito de los derechos humanos, que nos insertan en la comunidad de naciones titulares de un mismo sistema de protección de los derechos fundamentales, y reconoce y respeta la existencia de tribunales supranacionales, respecto de los cuales la Corte Suprema actúa como última barrera en el control de convencionalidad. Como nos recuerda el profesor Maturana:[20] *El que la Corte Suprema sea nuestro órgano jurisdiccional por excelencia encargada de uniformar los estándares de interpretación de los derechos fundamentales con los que emanan de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales importa una labor de suma trascendencia, por cuanto permite con ello que las Cortes Supremas se transformen en la primera vía efectiva para evitar que se puedan transgredir los tratados internacionales por fallos de los distintos tribunales nacionales en los procesos internos que conocen e impedir así que aumente el número de asuntos que deben conocer los tribunales supranacionales, logrando que ellos puedan así impartir una pronta y efectiva jurisdicción en estas materias, no sobrecargándose innecesariamente con mayores asuntos que conocer por transgresión de derechos fundamentales en el plano interno. Es así como se debería contemplar como competencia de la Corte Suprema no solo la de uniformar una jurisprudencia sobre el derecho interno, sino que también velar por el respeto y promoción de los derechos fundamentales, permitiendo con ello crear estándares a su respecto que sean coincidentes con los que emanan de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, con lo cual honraríamos los tratados internacionales suscritos por Chile, a lo cual nos compromete el principio de la convencionalidad*[21].

Así las cosas, el Proyecto opta por un modelo de casación que denomina recurso extraordinario, asumiendo la premisa fundamental de que el control de legalidad y la tutela efectiva que el Estado es capaz de otorgar al justiciable se debate solamente en una doble instancia (cuestión inobjetable desde el punto de vista constitucional). El acceso al Tribunal Supremo es por la vía excepcional y se posibilita solamente en aquellos casos en que el justiciable, a partir de su agravio, logre establecer que su caso tiene o cualifica como de interés general. Ese interés viene dado por dos órdenes de causales: una fundada en la violación esencial de garantías constitucionales cometidas en la sentencia o en el curso del procedimiento, y otra, en los casos en que se considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar una doctrina jurisprudencial. El avocarse al conocimiento del asunto, o lo que es igual, el discernimiento de si el asunto cualifica o no de interés general, será cuestión que la mayoría de los miembros de la sala respectiva de la Corte Suprema decidirá libérrimamente, conforme al mecanismo conocido en el derecho anglosajón como *Wright of certiorari*.

[20] Ver cita 7.
[21] Véase art. 409 letra b).

Por ende el Proyecto postula dotar de una plena identidad funcional a la Corte Suprema a partir de una misión prospectiva, encargada por una parte de fijar la doctrina jurisprudencial que servirá de luz y guía a los tribunales inferiores y por la otra, advirtiendo previsiblemente a los justiciables acerca del tratamiento de sus derechos, cautelando con ello el valor de la seguridad jurídica y de la igualdad ante la ley. En otro extremo, se mantiene su carácter de máximo órgano protector de los derechos ciudadanos, sirviendo de último control de convencionalidad y de protección del Estado de Chile frente a la posible violación de los tratados internacionales, evitando en lo posible la intervención de los tribunales supranacionales.

V. Nuevo sistema de ejecución

La fase de ejecución, en los casos que se hace necesaria, se concibe hoy día como parte esencial de un debido proceso, de la tutela efectiva del crédito a que tienen derecho los justiciables, en tanto realiza los fines del proceso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que *la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas*[22]. También ha señalado que *el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral*[23]. La Corte Europea de Derechos Humanos, a su turno, ha señalado que la ejecución es parte del debido proceso, y que es deber del Estado garantizarla a toda persona que se beneficie con una decisión jurisdiccional.

Esta jurisprudencia pone fin a un enfoque procesal que privilegia el derecho a un debido proceso en exceso a favor de la parte demandada en detrimento de la actora. Esa garantía es de doble vía y también protege a la parte demandante y a su legítima expectativa, en este caso de tutela del crédito.

A pesar de reconocerse a la etapa de ejecución como un derecho fundamental del justiciable acreedor, nuestro sistema actual, anclado asimismo en raíces decimonónicas, dista mucho de satisfacerlo. Tenemos un sistema jurisdiccionalmente **centralizado** en que todas las tareas a que da origen, sean o no propias de la jurisdicción, recaen en la figura del Juez; desde el punto de vista funcional, el tratamiento de la ejecución que en rigor obedece a un fenómeno único, aparece **disperso** según la naturaleza jurisdiccional o no jurisdiccional

[22] Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y Otros. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003 . Serie C N° 104.
[23] Opinión N° 13 (2010) on the role of judges in the enforcement of judicial decision.

del título ejecutivo; en cuanto a las gestiones de apremio, el sistema es **fragmentario**, en tanto postula la intervención de diversos agentes, juez, peritos, martilleros, receptores con vocación e intereses diferentes, en circunstancias que todo indica que, así como en materia concursal la presencia de un solo agente que asuma unitaria e integralmente este proceso lo dota de mucha mayor eficacia; el procedimiento se presenta como rígido y **burocrático**, en tanto contempla numerosos trámites y formalidades para la realización de los activos y para el perfeccionamiento de su enajenación, que bien pueden simplificarse en el mejor interés de las partes involucradas; también nuestro sistema se caracteriza por la **ineficacia**, que en muchos de los títulos jurisdiccionales se expresa en el retardo que experimenta el cumplimiento de las sentencias de condena por el efecto suspensivo de las apelaciones y en estos y en los no jurisdiccionales, por las dificultades de acceso a la información de bienes embargables, las amplias posibilidades de ocultamiento de bienes, la nula exigencia de colaboración del deudor e instituciones poseedoras de bienes o información de bienes embargables, la facilitación de la intervención de verdaderas mafias que manejan los procesos de enajenación de bienes y, por si fuera poco, es **socialmente regresivo,** en tanto el sistema jurisdiccional está en la práctica al servicio gratuito de empresas de crédito masivo.

Así, por ejemplo, con base en últimos datos estadísticos de 2011, del MINJU/CAPJ, resulta que en la Región Metropolitana solamente 33 de esas empresas concentran el 78,4% del total de ingresos ejecutivos, que a su vez representan el 95,4% de los ingresos civiles. Sirva ese ejemplo, para dimensionar qué parte de las razones del colapso de la justicia civil y de los obstáculos de acceso de los ciudadanos a ella se explica a partir de este verdadero subsidio que los contribuyentes estamos dando a esas empresas, quienes pueden usar legalmente en forma gratuita el sistema judicial para actividades propias de su modelo de negocios. Cabe mencionar a título ilustrativo, que de esas 33 empresas que copan el sistema judicial, 24 son instituciones bancarias, con colocaciones totales por MMUS$ 196.166, de las cuales su cartera vencida apenas representa un 1,04% de esas colocaciones, con ingresos operacionales en 2011 por MMUS$ 11.679, con utilidades también a 2011 por MMUS$ 3.949, y una rentabilidad sobre patrimonio a agosto del 2012 de un 15,89%[24]. Sin restar la importancia de esta actividad para la economía nacional, no puede soslayarse la evidencia palmaria de un profundo desequilibrio entre los intereses públicos y privados en juego, apareciendo estos últimos indebidamente subsidiados, cuestión que a mi entender urge corregir.

En torno a estos problemas el Proyecto opta, entre las soluciones más importantes, por la descentralización de la ejecución introduciendo la figura del Oficial de Ejecución y por la ejecución provisional de las sentencias de condena.

[24] Ver www.sbif.cl

Oficial de Ejecución:

En relación con la "descentralización" de la ejecución, debe advertirse el uso intencionado del vocablo (no hablamos de desjudicialización). En efecto, cuando el Mensaje del Proyecto propone "descentralizar" la ejecución, no pretende ni por asomo privar o restringir el ejercicio de la función jurisdiccional propia de nuestros tribunales, sino simplemente hacernos cargo de aquellos actos administrativos que no consisten, suponen ni requieren el ejercicio de jurisdicción encomendándoselos a otros representantes del Estado, preparados y cualificados para ello, pues esto redunda en una mayor eficacia de la tutela de los justiciables, exigida como inseparable de la noción de debido proceso.[25] **Debemos avanzar en una justicia más de necesidades que de conceptos (Peyrano).**

En esa dirección, el Proyecto opta por la introducción en nuestro medio del Oficial de Ejecución, como figura central de la ejecución; profesional con sólida formación (eventualmente solo abogados) que sería el encargado de todos los actos procesales de naturaleza administrativa que supone esta fase jurisdiccional, pero sin intervención alguna en la actividad de "conocimiento" y "juzgamiento" que atañen al núcleo de la función jurisdiccional, ni posibilidad alguna de disposición de la fuerza pública (última ratio del cumplimiento del derecho), reservada constitucionalmente a nuestros jueces, estatuto que permanece inalterable. La idea es que este Oficial de Ejecución, eventualmente privado, que ejercería una función pública, así como los Árbitros, asuma en forma unitaria e integral las tareas a que da origen, en nomenclatura actual, el cuaderno de apremio del juicio ejecutivo.

En la introducción de esta figura no creemos estar haciendo un experimento aventurado de política pública, sino simplemente sumarnos a aquello que hoy día, especialmente en Europa, es un sistema probado y mayoritario cuyo éxito está trascendiendo las fronteras de ese continente. Hemos incorporado especialmente la experiencia francesa, para quienes el *Huissier de Justice es tan antiguo*

[25] El término "descentralizado" refiere solo a que el rol funcional en la ejecución es realizado por un funcionario y con intervención minimizada o subsidiaria del juez. Valga la aclaración para diferenciar el uso de los términos "centralizado-descentralizado" para referirse a la ejecución en su conjunto orgánico-funcional. Así por ejemplo, el sistema alemán en términos de ejecución es en su conjunto "descentralizado", de esta manera, según el tipo de bien a ejecutar, la prestación requerida y el tipo de medidas ejecutivas a realizar actúan diferentes funcionarios (el juez si hay hipoteca y un bien inmueble, el Oficial de ejecución si existe dinero y bienes muebles, el juez si la obligación es de hacer, el oficial del registro (inmobiliario, de aeronaves o buques), etc. Por el contrario, los sistemas de ejecución suecos, español, austríaco por ejemplo, son centralizados, ya que toda la actividad ejecutiva se concentra en un funcionario de la administración pública o el juez y por delegación los funcionarios intervinientes. JONGBLOED, A., *The bailiff in Europe, utopia or reality?*, (Kluwer, Deventer, 2004), pp. 159-165 partiendo de esta clasificación ya en el Simposio organizado por la Asociación Internacional de Oficiales de Ejecución y la respectiva Asociación holandesa se comenzó a trabajar en una propuesta de "oficial de ejecución comunitario".

como la ley y tan necesario como el Juez. La experiencia histórica del Oficial de Ejecución, con atisbos en el derecho romano y fuerte desarrollo en Europa a partir de la Baja Edad Media hasta nuestros días, con sus luces y sombras, nos ha parecido un modelo probado, exitoso y perfectamente compatible con nuestro sistema procesal, aun cuando no pretendemos una aplicación mimética, sino más bien una adaptación realista a nuestra cultura e idiosincrasia nacionales.

Debe destacarse que, hoy día, 19 de los 27 Estados miembros de la Unión Europea han adoptado el modelo francés. Es más, la adopción del Oficial de Ejecución como figura modelo en materia de ejecución es la recomendación de la "Comisión Europea para el Mejoramiento de la Justicia" (Cepej[26]), creada por el Comité de Ministros mediante Resolución 12 de 18 de septiembre de 2002, organismo compuesto por expertos de los 46 Estados del Consejo de Europa. La Cepej, ha sido muy activa en esta materia, adoptando una serie de directrices especialmente sugeridas por la Unión Internacional de Oficiales de Justicia, con sede en París, destacando entre estas la Recomendación 17, adoptada por el Consejo de Ministros de fecha 9 de septiembre de 2003, complementada por las recomendaciones adoptadas en su 14ª reunión plenaria celebrada en Estrasburgo con fecha 9 y 10 de diciembre de 2009. Estas recomendaciones aconsejan, sin vacilaciones, la adopción de la figura del Oficial de Ejecución como pieza fundamental de esta esencial etapa del proceso y fija pautas para su adecuado diseño orgánico y funcional.

España es de los pocos países europeos que aún no ingresa al sistema de Oficiales de Ejecución, pero existe una fuerza irrefrenable especialmente ejercida por el cuerpo de Procuradores españoles de incorporarse al mismo, ante el sonado fracaso que está teniendo el sistema centralizado y judicializado en actual vigor. Recientemente y en nuestra región, cabe señalar los esfuerzos que se están realizando en la provincia de Mendoza, Argentina, para la incorporación de esta figura, al extremo que, conforme pude constatar en un Seminario al que asistí hace unas semanas, ya tienen redactado un proyecto de ley que introduce esta figura, y lo han hecho precisamente con la asesoría técnica de la Unión Internacional de Oficiales de Justicia.

En cuanto a las dudas de que el Oficial de Ejecución pudiere invadir aspectos reservados a la jurisdicción, formulo algunos comentarios. Desde luego debe tenerse presente que el núcleo o esencialidad de la función jurisdiccional, que es exclusiva e indelegable para nuestros jueces, atañe básicamente a tres aspectos: a) al conocimiento en tanto base del juzgamiento; b) el juzgamiento mismo, esto es, la atribución irrevocable y permanente del derecho, y c) el uso de la fuerza para hacer ejecutar lo juzgado. A mi juicio todo aquello, que no

[26] Los documentos de CEPEJ, y toda la información relativa a su trabajo, reuniones y recomendaciones, se hallan disponibles en http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/

participe de esa esencialidad, de raigambre constitucional, habilita al legislador para atribuirla con perfecta legitimidad a los propios jueces o derechamente a otros agentes estatales que coadyuven al éxito de la función jurisdiccional. Ejemplo de ello son las tareas administrativas, de gestión y gobierno judicial progresivamente entregadas a agentes especializados; las tareas encomendadas a la autoridad administrativa en la ejecución de las sentencias penales, las atribuciones que el Código Tributario otorga al Tesorero Comunal para despachar la ejecución a los deudores fiscales, y permitir que un recaudador fiscal trabe embargo (art 170 del Código Tributario), etc.

A nivel procedimental, numerosos actos que no participan de la esencialidad antedicha, son encomendados a auxiliares de la administración de justicia que coadyuvan a la función jurisdiccional: las actuaciones de Secretarios, Receptores, Martilleros, Peritos y Síndicos de Quiebra son ejemplo de actividades que no comparten la cualidad nuclear de la jurisdicción. Nada de ello compromete, priva ni afecta el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de nuestros jueces, antes colabora con el éxito de esta importante actividad estatal.

En todos esos casos se trata de actos jurídico-procesales, tales como notificaciones, embargos, investigación de bienes, liquidación de créditos, administración de bienes, remates, etc. que no son jurisdiccionales, son ajenos a la formación y vocación de los jueces y escapan a sus competencias específicas. Ello no quiere decir que dichos actos jurídico-procesales que comportan la ejecución no sean de responsabilidad del Estado, en tanto afectan o pueden afectar la esfera privada de los derechos subjetivos de los ciudadanos, sino solamente que esa función puede ser cumplida de manera más racional y eficiente por agentes públicos calificados para llevar adelante esas tareas y no por los jueces.

Se ha hecho especial mención a la cuestión relativa a la revisión del título ejecutivo y al despacho de la "decisión de ejecución" prevista en el artículo 426 del Proyecto, en cuanto se sostiene que tal sería una típica cuestión propia de la jurisdicción, o sea, de los jueces. Descontando el hecho que el examen de los cientos de miles de títulos ejecutivos presentados a cobro son objeto de un examen formal, por no decir superficial, las más de las veces delegado a funcionarios del tribunal, lo cierto es que la intervención del Juez, no agrega nada que un agente público y por tanto representante del Estado, debidamente capacitado y sujeto a un severo estatuto de responsabilidad, no pueda realizar. Debe tenerse presente que tratándose de títulos extrajurisdiccionales no estamos "haciendo ejecutar lo juzgado", puesto que nada se ha juzgado al respecto. Simplemente estamos requiriendo administrativamente al deudor, quien tendrá siempre y en todo momento franqueada la vía para deducir demanda de oposición ante el órgano jurisdiccional respectivo. Lo propio cabe decir del acreedor, puesto que, en caso de rechazarse su título, también tendrá abierta las vías para impugnar jurisdiccionalmente esa liminar decisión.

Se podría por cierto entregar ese discernimiento al órgano jurisdiccional, pero será un afán retórico y poco práctico, pues al final volveríamos al atochamiento que tanto nos aflige y que queremos desahogar. Se trata de actuar con sentido práctico, sin descuidar en momento alguno los derechos de los justiciables, los que siempre podrán ser cautelados por la intervención de la jurisdicción si así se solicita. Siempre habrán buenos argumentos en pro de la intervención jurisdiccional, pero sabemos que en la práctica ello no hace una real diferencia, y en la opción por concentrar la función de nuestros jueces en aquello propio de su vocación o mantener dogmáticamente su intervención en cuestiones que bien puede ejecutar en nombre del Estado otro agente público, el Proyecto se inclina por lo primero.

Si bien el Proyecto de CPC incorpora la figura del Oficial de Ejecución en el desarrollo de esta fase del proceso, debemos avanzar ahora en la necesaria definición de su estatuto orgánico y funcional, sin duda el aspecto clave del éxito o fracaso de esta institución y, por qué no decirlo, de un aspecto clave del Proyecto mismo. En el diseño de esta nueva institucionalidad y como temas para el debate, planteo las siguientes ideas (extraídas de la experiencia francesa):

Atribuir un carácter binario a esta actividad, consistente en el ejercicio por parte de privados de una función pública, siendo los Oficiales de Ejecución delegatarios exclusivos de una partícula de la soberanía estatal, que coadyuvan a la función jurisdiccional.

Calificados eventualmente como "auxiliares de la administración de justicia" (no por ello integrantes del Poder Judicial) debieran estar sometidos en su designación, supervisión, control y disciplina a un organismo administrativo, como en Francia, Bélgica, Escocia y Portugal. Podría aprovecharse la actual institucionalidad de los Síndicos de Quiebra, creando una categoría nueva de auxiliares dedicados a la actividad de ejecución individual y no universal.

El número de Oficiales de Ejecución debe obedecer a un *numerus clausus,* (en Francia son 3.300 Oficiales, de los cuales 740 son mujeres), que ejerzan funciones dentro de uno o mas territorios jurisdiccionales en función del número de habitantes y de las necesidades de la población respectiva. Asimismo es necesario considerar los procedimientos de interrelación entre estos Oficiales para la práctica de diligencias en distintos territorios jurisdiccionales.

El sistema de acceso a esta actividad debe ser muy riguroso y restrictivo, considerando títulos profesionales afines a los síndicos, como los de abogado o ingeniero o de grados universitarios, como ocurre en Francia y Bélgica. Nada impediría posibilitar por ejemplo que los mismos actuales "síndicos" y funcionarios judiciales como los receptores puedan optar por incorporarse a esta actividad aprovechando su experiencia. En ambos casos debe considerarse la

aprobación de cursos y exámenes de certificación y someterse a los criterios de selección compatibles con los modernos sistemas de contratación de personal.

Lo anterior supone crear una instancia de formación y capacitación continua de los Oficiales de Ejecución, esto último como requisito habilitante para el ejercicio de la actividad. En Francia deben asistir a un programa de entrenamiento que dura dos años.

Clave será la generación de un estatuto de responsabilidad civil, penal, administrativa y ética, así como de mecanismos de seguros o "bolsa común" (responsabilidad colectiva) que compense a terceros por las actividades que generen daños a sus mandantes o terceros.

Debe contemplarse un expedito sistema de impugnaciones de sus actuaciones en sede administrativa y/o jurisdiccional.

Debe establecerse un sistema arancelario público, como en el caso de los síndicos, con aportes estatales en todos los casos en que los justiciables carezcan de recursos económicos para solventarlos, en tanto será un deber de estos Oficiales ejercer su ministerio aun si el justiciable careciere de recursos para remunerarlos.

Debe existir un moderno sistema computacional común a todos los Oficiales de Ejecución, que los obligue a mantener información actualizada y segura, permita auditorias periódicas y controles cruzados, que den garantías de transparencia, eficacia en el control y acceso público a la información.

En materia funcional deberemos reflexionar si además de su función en el ámbito de la ejecución, les otorgaremos otras atribuciones extrajudiciales como las que detentan en Francia, por ejemplo:

Actuar como ministros de fe en diversos ámbitos, tales como el levantamiento o preconstitución de pruebas extrajudiciales u otras específicas estrictamente relacionadas con la actividad jurisdiccional.

Gestionar la averiguación de bienes embargables del deudor tal y como hoy día lo hace administrativamente el recaudador fiscal, exigiendo incluso una declaración jurada de ellos (artículo 171 del Código Tributario).

Tal vez la facultad más relevante se relaciona con el cobro amistoso de créditos judiciales y extrajudiciales, particulares y estatales, con posibilidad de incentivar renegociaciones (de las que son responsables de hacerles el seguimiento), realizaciones voluntarias de bienes, y otros acuerdos entre acreedor y deudor. Este rol de verdadero "mediador", inexistente en la actualidad, me parece profundamente necesario como medio de humanizar la ejecución. "Ejecutar"

en este caso no es "ajusticiar" ni dar muerte al deudor, sino permitir la efectividad del derecho por medio de la jurisdicción, sin olvidarse de su vocación de pacificadora.

Finalmente todos estos criterios deben tender en lo posible a cumplir con las directrices internacionales que reglan esta actividad, posibilitando un perfeccionamiento permanente de esta institución, conforme a los avances legislativos internacionales sobre la materia y permitiendo establecer nexos institucionales con organizaciones similares de otros países.

VI. Ejecución provisional de las sentencias de condena

El proyecto consagra como principio y regla general la posibilidad de solicitar, sin necesidad de rendir caución, el cumplimiento y ejecución inmediata de las sentencias de condena, aun cuando existan recursos pendientes en su contra. Los recursos, por su parte y como regla de principio, no tienen efecto suspensivo. A esta modalidad de ejecución, tomada de la legislación española que la implementó en la LEC de 2000, se le denomina "ejecución provisional" o más bien "condicional", pues los efectos ejecutivos son inmediatos.

Se trata de una opción de política procesal tan válida como su opción contraria, sustentada entre otras en:

Fortalecimiento del rol del juez de primer grado jurisdiccional, cuya decisión evidencia un mejor derecho del actor. Si frente a esta ejecución el deudor deduce demanda de oposición, que es una de las posibilidades, lo cierto es que la ejecución no avanzará mas allá del embargo, situación que hoy día ocurre con los títulos extrajurisdiccionales, sin que haya transcurrido el discernimiento propio del proceso con su juicio de realidad y verdad, que por cierto brinda muchas más garantías que la revisión superficial del titulo ejecutivo extrajurisdiccional. No debe olvidarse por fin que, como ocurre hoy, el segundo grado jurisdiccional es revisor y no renovador, por manera que la actividad jurisdiccional en toda su expresión jurídica y fáctica se ha desarrollado sustancialmente en el primer grado.

Tempestividad de la tutela efectiva: necesidad de satisfacer el pronto cumplimiento de la sentencia de condena, dotándola de mayor eficacia, evitando los daños que genera una ejecución tardía. No se divisa la razón por la cual el actor deba soportar el tiempo del recurso, como nos recuerda Marinoni, de manera tal que distribuye con mayor justicia la carga de soportar los tiempos del iter procesal.

Disuadir el uso de los recursos procesales con el solo ánimo de dilatar el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Recientes datos estadísticos, conforme a

los cuales una gran mayoría de las sentencias que se dictan no son impugnadas y, de las que a su turno lo son, también una elevada mayoría son confirmadas por las Cortes. De manera que la revocación o enmienda es la excepción y la ejecución provisional tiene mayoritariamente vocación de definitiva.

La ejecución provisional está presente desde hace mucho en el derecho chileno. Se introdujo en 1944 con motivo de la Ley 7.760, que otorgó carácter ejecutivo a resoluciones que causan ejecutoria. Múltiples son los casos de ejecución provisional presentes en nuestra legislación: las sentencias de condena de los Árbitros Arbitradores; Juicio Ejecutivo (art. 475 CPC); Recurso de Casación (art. 773 CPC); Juicio Sumario (arts. 691 y 194 N° 1 CPC); Juicios Posesorios (art. 550 CPC); Sentencias Interlocutorias de condena (art. 194 CPC); Juicios de arrendamiento (arts. 606, 614 CPC); Juicios de arrendamiento de predios urbanos Ley 18.101, (art. 8 N° 9), en los que ni siquiera cabe la orden de no innovar, entre otros.

La no exigencia de caución se encuentra compensada con recaudos preventivos y correctivos, tales como: posibilidad de demanda de oposición del deudor, que paralizará el apremio; exigencia de caución en casos del art. 238 inciso 3°; tratándose de condenas dinerarias, el deudor en el mismo caso anterior puede indicar otras medidas ejecutivas alternativas, menos perjudiciales (art. 238 inc 4°); garantías frente a una eventual revocación, para retrotraer las cosas al estado anterior; devolución de lo percibido con intereses; compensación de los perjuicios ocasionados y costas y, finalmente, la posibilidad siempre presente de solicitar una orden de no innovar en el recurso de apelación (art. 387).

VII. Comentarios finales

La reforma comentada es sin duda una de las políticas públicas más relevantes de los últimos años, en tanto atañe a uno de los aspectos centrales de los derechos ciudadanos, cual es el acceso a la justicia. Sin justicia, los derechos ciudadanos devienen en intrascendentes, el Estado de Derecho se debilita y la democracia peligra. No obstante, no puede haber espacio aquí para la improvisación ni para miradas egoístas. Es una verdadera oportunidad para rediseñar entre todos nuestro estatuto procesal sobre bases sólidas, con una mirada de largo plazo centrada en las necesidades del ciudadano, en especial de aquellos para quienes la justicia civil se presenta inalcanzable y la motejan, no sin razón, como la "justicia de los ricos".

A la solidez conceptual del estatuto, debemos agregar la experiencia acumulada de las reformas anteriores y la introducción razonada y explícita, por tanto no meramente subyacente, del verdadero sentido y razón de ser de las normas procesales, caracterizadas por su idoneidad para cambiar la realidad de las per-

sonas, desde que su finalidad no es otra que la efectivización de sus derechos y garantías más preciados.

El éxito de esta gran obra es responsabilidad de todos quienes se vinculan con el sistema judicial, desde los poderes públicos, las universidades, asociaciones y colegios de abogados y, en general, de todas las organizaciones e instituciones a quienes conciernen e interesan estos temas. Debemos ser capaces, como decíamos al principio, de generar un estatuto procesal idóneo para resolver las controversias jurídicas, brindando respuestas que cualifiquen de justas e igualitarias, oportunas, eficientes y previsibles.

El principio de facilidad de la prueba en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil para Chile: una propuesta de conciliación

Raúl Tavolari Oliveros
Profesor de Derecho Procesal
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: Este artículo explica la conveniencia y necesidad de incorporar en el ámbito del derecho probatorio nacional el principio de facilidad de la prueba, conocido, también, como el tema de las cargas probatorias dinámicas. Demuestra que se trata de una institución analizada largamente por la doctrina procesal y con vigencia en códigos contemporáneos recientes. Propone, además, una redacción encaminada a disipar toda duda que pudiere suscitar la del actual proyecto de Código Procesal Civil, que se discute en el Congreso.

***

Con motivo de la tramitación en el Congreso Nacional del proyecto de nuevo Código Procesal Civil, se han alzado voces cuestionando algunas innovaciones que el mismo propone: básicamente, las críticas se han apuntado al tema del principio de facilidad de la prueba –cargas probatorias dinámicas–, a la ejecución provisional de las sentencias, a la incorporación al ordenamiento del Oficial de Ejecución y a las modificaciones del régimen de recursos, que pueden centrarse en la eliminación de la casación.

Ciertamente, no es posible hacerse cargo de todas las cuestiones que se plantean. Las líneas que siguen se refieren, exclusivamente, a la regulación del principio de facilidad de la prueba[1] y contienen una propuesta encaminada a superar las divergencias.

[1] El artículo 294 del Proyecto de Código Procesal Civil, que se analiza actualmente en el Congreso Nacional, dispone que *"corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficia, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa, la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.*
El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder".

Este tema se inserta en el de la censura que para algunos merecen las mayores atribuciones que en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil, se confieren a los jueces y que, como es sabido, se concreta en la posibilidad, reconocida a los magistrados, para que, en casos calificados y dando anticipada noticia de ello a los litigantes, puedan disponer la aplicación del denominado principio de facilidad de la prueba, consistente en que se impone a la parte que, por las circunstancias del caso, tenga mayores facilidades para acceder a la prueba, la carga de rendirla, aunque con acierto se haya dicho ya por algunos que lo que realmente ocurre es que, en estos casos, se impone sobre dicha parte la consecuencia de la falta de acreditación del hecho de que se trate.

Es lo que se conoce, en especial en esta parte del mundo, como la teoría de las **cargas probatorias dinámicas**.[2] El punto, empero, se encasilla, como he señalado, dentro del marco mayor de la concesión al juez –o no– de iniciativa probatoria en los procesos civiles, criterio aceptado, sin embargo, en la doctrina contemporánea como en el moderno derecho comparado,[3] tanto en el ámbito del "*civil law*" como en el del "*common law*", según se comprueba reparando, por ejemplo, en la modificación belga a su Código Judicial, de 1 de enero de 1993; en el Código Procesal Penal peruano de 1994 en las nuevas Civil Procedure Rules británicas de 1998[4] –que modificaron la tradición del sistema adversarial–; en las Reglas Federales de Prueba de los Estados Unidos de América, que confieren iniciativa probatoria al juez civil en materia de prueba testimonial[5] y, sólo por citar lo más reciente, por el nuevo Código General del Proceso de Colombia, de 12 de julio de este año.

---

[2] Tras reconocer ser el autor de la denominación, Peyrano aclara que el significado de esta institución, importa atender a que el esquema de un proceso moderno debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse, lo más posible, a las circunstancias del caso, evitando así el incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad. Esto explica que modernamente se conciba que las cargas probatorias deban desplazarse de actor a demandado o viceversa, según correspondiere... cfr: Jorge W. Peyrano, *Procedimiento civil y comercial* 1, Edit juris Santa Fe, 1991, p. 77.

[3] Véase, por todos, de Alvaro Pérez Ragone, "Perspectivas en la Cooperación Judicial Probatoria Comunitaria: diligencias de transfrontera dentro de la Unión Europea", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal,* Año VI, N° 10, 2007, p. 247

[4] En las nuevas reglas británicas se dispone que si una de las partes tiene acceso a información a la que razonablemente la otra no tiene, el tribunal puede ordenar a la primera que documente tal información y la proporcione a la parte que no la tiene... **Civil Procedure Rules 1998 Power of court to direct a party to provide information 35.9**. Where a party has access to information which is not reasonably available to the other party, the court may direct the party who has access to the information to— *(a)prepare and file a document recording the information; and (b)serve a copy of that document on the other party.* Al efecto Taruffo explica que *"...es fácil concluir que el modelo típico del proceso de common law está ahora constituido esencialmente de una fase en la cual* ***ambas partes, bajo la activa dirección del juez, aclaran los términos de la controversia, adquieren a través de la discovery informaciones sobre las respectivas defensas y sobre las pruebas que podrán ser empleadas,*** *Esta fase del procedimiento es esencialmente escrita,* ***dirigida por el juez que dispone al respecto de amplios poderes...".***

[5] **614 Federal Rules of evidence (a) Calling by court.** The court may, **on its own motion** or at the suggestion of a party, call witnesses, and all parties are entitled to cross-examine witnesses thus called. **(b) Interrogation by court.** The court may interrogate witnesses, whether **called by itself** or by a party.

Se trata de un cambio de paradigmas, efectivo, sostenido y consecuencia directa de la adopción de lo que se ha dado en llamar la **máxima de cooperación,** adelantada en la segunda mitad del siglo pasado por el procesalismo comparado y que se refleja en la cita de Rosenberg, en el sentido de que la esencia del proceso civil moderno reside en una comunidad de trabajo (*Arbeitsgemeinschaft*) entre el juez y las partes que, unidos, deben preocuparse de facilitar al primero la segura obtención de la verdad y establecer en un procedimiento vivo, la paz jurídica entre los litigantes, garantizando, de esa manera, la paz de la comunidad.[6]

El solidarismo y la buena fe –escribía Morello– sustentan una postura que avanza sobre criterios prioritariamente liberales, que han de ceder paso a los anteriormente mencionados, integrándose en la hermenéutica de un balanceo armonizador con las exigencias actuales en pro de un obrar eficiente y justo."[7]

A nadie escapa, sin embargo, que lo que está en juego es mucho más que la circunstancia de que un pleito se gane por la habilidad de uno o por la torpeza del otro: de lo que se trata es de lograr sentencias justas, de allí que la Corte Suprema argentina haya podido declarar que "el principio dispositivo... no puede emplearse, por falta de cooperación, en perjuicio de la verdad jurídica objetiva ni del adecuado y deseado resultado de la justicia."[8]

Por nuestra parte, pensamos que el tema exige sincerar la actitud frente a los jueces: o se confía en su capacidad para impartir justicia y, por ende, se les otorgan adecuadas atribuciones para obtener ese fin, o se descree de ellos y se les veda el incursionar en la prueba, sin la cual, como todos sabemos, no se puede alcanzar la justicia.

En el frente contrario, el camarista argentino (Ministro de Corte de Apelaciones diríamos nosotros) Alvarado Velloso escribe, con sorna y comentando las opiniones predominantes en la doctrina iberoamericana de las últimas décadas, que "...*el eje central del proceso pasa por la figura del juez, a quien se dota –como investigador– de toda serie de facultades para que pueda cumplir su sagrado deber de hacer justicia a partir del descubrimiento de la verdad real de lo debatido en cada litigio, sin importar en efecto qué es lo que los interesados sostienen sobre el punto*..."[9].

Es sabido que la acertada solución del conflicto sometido a la decisión jurisdiccional evita el riesgo, siempre latente, de la autotutela, práctica que si se

[6] Cfr. Rosenberg (Lehrbuch...), 6ª edic., 1956, p. 6, cit. por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, en "Poderes del Juez y Visión Cooperativa del Proceso" (*Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año III, N° 4, 2004, p. 45.

[7] "La Prueba..." cit. p. 63.

[8] C. Suprema, 2 de Julio 1985. "Iriart, Carlos A.", Jurisp. Arg., 1986, v1, p. 473.

[9] Cursivas del original. A. Alvarado V. *Prueba Judicial*, Edit. Juris, Santa Fe, 2007, p. 7.

difundiera, derribaría los cimientos de la convivencia pacífica. Se explica, de este modo, que el artículo 76 de la actual Constitución haya otorgado cabida al denominado principio de la inexcusabilidad, antes relegado a mera norma legal: se trata, en esencia, de la proscripción definitiva del viejo instituto canónico del "*non liquet*", que autorizaba al juez para dejar de decidir el conflicto, entre otra razones, por falta de prueba suficiente.

Lo expuesto torna comprensible y valedera la adopción del criterio de distribución de responsabilidades en la producción de la prueba, para imponer consecuencias gravosas al que, encontrándose en la hipótesis legal que exige probar, falla en el intento. Nadie discute, sin embargo, que una sentencia desestimatoria por insuficiencia de prueba –formalmente irreprochable– no atiende a una efectiva concepción de justicia, sino, meramente, privilegia el valor seguridad, de allí que sorprenda el ardor con que se afirma que acoger el principio de que se trata importaría "una agresión a la seguridad jurídica", sin que, por el contrario, se formule la menor referencia, ni a la excepcionalidad del instituto ni –en lo que resulta lo más tristemente elocuente– a la justicia de la decisión a la que por esta vía se apunta ni, mucho menos, aun, al inexcusable rol que cabe al juez en la tarea de alcanzarla.

Más de siglo y medio después de la entrada en vigencia del artículo 1698 del Código Civil chileno, parece difícil no advertir la clara limitación del precepto, cuyo afán regulador se agota, exclusivamente, en **la prueba de las obligaciones** y que, en ocasiones, parece olvidarse, especialmente cuando, sin matices, se sostiene que "las reglas de la prueba son, ante todo, normas de derecho sustantivo..." frente a lo cual, desde esta vereda de la ciencia del derecho, se replica reiterando que "*Las normas sobre carga de la prueba son innegablemente procesales... Se refieren... al contenido del juicio jurisdiccional y están fundadas en criterios racionales de justicia*".[10]

En los procesos jurisdiccionales, sin embargo, la condición fundamental e ineludible para que siquiera se llegue a pensar en actividad probatoria, es la existencia de **hechos controvertidos**: la ausencia de controversia sobre los hechos dispensa de todo afán probatorio. Estas simples reflexiones conducen a una conclusión que, no por evidente, ha sido aceptada o incluso advertida por todos. Ella consiste, simplemente, en que el imperativo probatorio, que desde Goldschmidt ya nadie duda en denominar "la carga de la prueba", importa **una actividad referida a los hechos del pleito y no a las obligaciones.**

Las normas procesales regulan la actividad que deben verificar los justiciables y el juez y son estas normas –y no las civiles– las que determinan cómo se prueba

[10] Cfr: Andrés de la Oliva y otro, *Curso de Derecho Procesal Civil.* P. especial, Edit. Universitaria Ramón S. Areces, Madrid, 2012.

en los juicios; ellas indican que no existen otros límites al empleo de medios de prueba que aquellos que exigen rechazar los ilícitos y los proscritos por textos expresos de ley; y son estas mismas normas las que confieren a los sentenciadores las amplísimas facultades ponderadoras comprendidas en el actuar con sana crítica, por lo que sólo con un exceso de voluntarismo se puede afirmar que las reglas de la prueba son de derecho sustantivo...

¿Cómo puede ser norma de derecho sustantivo la que dispone que "todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del conflicto sometido a la decisión del tribunal podrán ser probados por cualquier medio obtenido, ofrecido e incorporado al proceso, en conformidad a la ley"?

Esta regla, común en nuestras leyes, reproduce la fórmula que la Ley 18.857 introdujera al Código de Procedimiento Penal, incorporando el artículo 113 bis, que autoriza acreditar hechos "por cualquier medio apto para producir fe".

Los aspectos fundamentales esgrimidos para defender la militancia del derecho probatorio en el derecho sustantivo ya no persisten. No determina esta normativa civil, como antes, el valor de las pruebas, materia entregada al sano razonamiento judicial, realidad que el Proyecto recoge, con la calificada excepción del instrumento público. Hoy, cuando la regulación procesal ha concluido reconociendo que se admiten todos los medios de prueba, salvo, como se adelantara, los ilícitos, no corresponde ya al ámbito civil establecer a quien corresponde probar los hechos del juicio, porque, de largo –en el mismo Derecho Contemporáneo actual y en la doctrina– se coincide en que "a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico pretendido por ella...".

El único enfoque admisible, en estas materias, es el que enfatice el mejor medio de asegurar respuestas jurisdiccionales más justas para apuntar –como propusiera Morello– a remplazar al Estado de Derecho por el Estado de Justicia.[11]

Para resolver el conflicto entre justicia y seguridad se han discurrido diversas vías, destacando, entre ellas, la que persigue resolver la cuestión en función de las características del caso concreto: de allí que pueda adherirse a la opinión de Montero Aroca, quien –antes de reemplazar los puros criterios de dogmática jurídica por otros, empapados de ideologismo político– sostenía que "la carga de la prueba debe repartirse de modo que se estimule la actividad probatoria de aquella de las partes a quien, en cada caso, la prueba resulte más fácil...".

En esta tesitura se inscribe el denominado "Principio de facilidad de la prueba", con arreglo al cual "se debe colocar la carga respectiva en cabeza de la parte

[11] Cfr: Augusto M. Morello: *El Proceso Justo*, Lib. Edit. Platense, SRL Abeledo Perrot, 1994.

que se encuentre en mejores condiciones para producirla", lo que importa referir el problema al caso concreto –*jus litigatoris*– prescindiendo de criterios objetivos y abstractos, los que exponen al juez a dictar una sentencia formalmente correcta, pero intrínsecamente injusta.

Es la aplicación de este principio lo que espanta a muchos y, en nuestro país, especialmente, a un conjunto de prosélitos deslumbrados por discursos ideológicos en los que se termina atribuyendo ideas totalitarias a Calamandrei... y que estiman que esta atribución conferida al juez, que impone, por ejemplo, exhibir las pruebas a quien llega a ellas con mayor facilidad, devendría en un proceso contrario a la libertad y a las garantías de las personas...

La experiencia cotidiana nos muestra a todos que no es razonable esperar que la ley sea capaz de pergeñar, para cada caso específico, una solución adecuada para la controversia entre justicia y seguridad, por lo que las miradas se vuelcan al juez, a quien hay que dotar de atribuciones suficientes, bajo un régimen que asegure el oportuno conocimiento por las partes, a fin de evitar sorpresas y someterlo a un adecuado control recursivo.

La fórmula debe permitir no sólo procurarse contraprueba, sino, primordialmente, oponerse al criterio sustentado por el juez, contradiciendo las razones que le llevaron a proponer una distribución de la carga probatoria diferente a la tradicional. ¿Cómo oponerse al criterio de exigirle al que tiene la prueba en su poder que la acompañe al juicio? ¿Qué estatuto ético puede respaldar semejante afán de reticencia y ocultamiento? ¿**Es que el deber de actuar de buena fe en los juicios puede soslayarse hasta el grado de justificar el esconder o silenciar la prueba de que se dispone y que resulta decisiva para aclarar los hechos?**

De otro lado, si el afectado no tiene en su poder la prueba que se le pide, ¿cómo pensar que el tribunal le impondrá el acompañarla? Finalmente, si el proceso civil es un instrumento de derecho público, aunque su objeto sean derechos privados, ¿cómo desconocer que la modalidad propuesta satisface de mejor forma los requerimientos de la justicia? Nieva-Fenoll escribe que ..."[aplicando el principio de facilidad probatoria] el juicio sobre carga de la prueba se hace un poco más complejo, aunque también un poco más justo...".[12]

A lo menos, en lo que se refiere a este punto, la crítica civilista a la que, con entusiasmo digno de mejor suerte, se han sumado quienes creen ver en las atribuciones de los jueces un peligro para la garantías de los justiciables, no

[12] Cfr: Jordi Nieva-Fenoll, "Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que necesitan revisión". *Justicia 2011*, N° 3-4, p. 111.

parece ser coherente con la evolución del pensamiento jurídico en el mundo occidental actual, ni resulta posible admitirla en un país cuya Constitución proclama, desde la partida, que el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común.

De entre las múltiples perspectivas desde las cuales se puede o se debe analizar el tema de la prueba de los hechos en el proceso, quizás la más relevante es la que se refiere la posibilidad de que el establecimiento de la verdad de tales hechos sea uno de los propósitos posibles y/o deseables de todo proceso civil.

Ya sabemos que existen fuertes y atendibles corrientes de opinión que reafirman la concepción de que el establecimiento de la verdad no constituye uno de los fines del proceso. En el derecho contemporáneo, sin embargo, se ha levantado, en sentido contrario, la destacada opinión de Taruffo, quien, con su talento, profundidad y agudeza habituales, se hace cargo de la materia, formulando juicios tan simples como categóricos, como el que sigue:

"[...]es útil para entender que ***cada vez que una norma hace depender un efecto jurídico de una premisa fáctica, la norma no se aplica correctamente, si el hecho no se ha producido****, es decir, si no se dispone de una determinación verdadera de las circunstancias empíricas que integran el hecho previsto por la norma. Parece, en efecto, intuitivo que la norma sería aplicada injustamente y sería pues violada, si las consecuencias que prevé, se adjudicaran en un caso en el que el hecho condicionante no se hubiere producido...".*[13]

La sencillez del análisis abona la contundencia de la conclusión: es que no parece posible que se pueda, seriamente, analizar si el juez ha efectuado una interpretación y una aplicación adecuadas de la norma, si el sustrato fáctico sobre el cual está construida la hipótesis legal y, fundamentalmente, aplicada la conclusión o sanción legal, no corresponde a la realidad.[14]

Esta comprobación refuerza, de un modo extremo, la necesidad de que el material probatorio que ingresa al proceso refleje, efectivamente, lo ocurrido fuera de él: se trata, como sabemos, del fenómeno de la traslación, que caracteriza al iter probatorio.

Tanto la carga de la alegación –a salvo el principio de adquisición– como la carga de la prueba, sostiene en un reciente libro De la Oliva,[15] *se establecen en torno*

[13] Cfr: Michele Taruffo: *La prueba de los hechos*, Edit. Trotta, Madrid, 2002, p. 67.

[14] Lo que no obsta a que algunos, como Montero Aroca, sostengan que "la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil", en *La Prueba en el Proceso Civil*, Civitas, Madrid, 1996, p. 27, con lo que concuerda Franco Cipriano, "I problema del proceso di cognizione tra passato e presente", en *Rivista di diritto civile*, Bologna, Giuffre, p. 39-71, cit. éste por Rodrigo Rivera: *Actividad Probatoria y Valoración Racional de la Prueba*, Lib J. Rincón Barquisimeto. Rep. Boliv de Venezuela, 2010, p. 445.

[15] De la Oliva, *Curso...* cit. p. 121 y sgts.

a estos dos criterios: 1°) el primero supone que, dándose los hechos constitutivos, no concurren, salvo que se aleguen y prueben, hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. Por tanto, sin alegación y prueba de estos últimos, es suficiente la alegación y prueba de los constitutivos para obtener la tutela jurisdiccional solicitada (principio de normalidad); 2°) el segundo es que debe distribuirse la carga de la prueba, de ordinario, atribuyendo a cada parte la que, según la experiencia, suele estar más próxima a ella. En otros términos: a cada parte le corresponderá la prueba de lo que, conforme a la razón y a la experiencia, es más fácil de probar para ella que para la parte contraria.

Estos criterios –continúa– *coinciden con la atribución de la carga de probar según la relación de los distintos hechos con la norma o normas jurídicas cuya aplicación conviene a cada parte (éste era el pensamiento o ratio del desaparecido art. 1214 CC). Y, así, al demandado le incumbe la prueba de los hechos contemplados en las normas cuya aplicación resulta para él liberadora, mientras que al actor o demandante le atañe probar lo que, según el anterior criterio 10), fundamenta la acción afirmada.*

El apartado 1 del art. 217 LEC establece la carga de la prueba material: «cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones».

*El apartado 7 del art. 217 LEC constituye una cierta redundancia de los apartados 2 y 3, porque la «**disponibilidad y facilidad probatoria**»* respecto de los litigantes, que el apartado 7 ordena tener presentes, son –como se acaba de explicar– elementos de la *ratio iuris* de la distribución de la carga de la prueba según se trate de hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes. Pero no está de más ni es perturbador el precepto, si se advierte que, en casos especiales, son la disponibilidad y la facilidad probatoria lo que se sigue tomando en consideración por el legislador.

Fenómeno distinto, reitera De la Oliva, *es el de la llamada inversión de la carga de la prueba, que, al decir de muchos autores, consistirá en una excepción completa a las reglas o criterios generales, antes expuestos, sobre la distribución del* onus probandi. *Según nuestro criterio, no siempre que se habla de tal inversión de la carga de la prueba se entiende acertadamente el mecanismo de dicha carga y la estructura de los preceptos en que la pretendida «inversión» se establece y –concluye– la inversión de la carga de la prueba es, las más de las veces (por no decir todas), no un cambio en sentido inverso de los criterios atributivos de dicha carga entre demandante y demandado, sino la exoneración, para un litigante, de la carga que ordinariamente le correspondería y el paralelo gravamen del litigante contrario.*

No pretendo incursionar en el tema general de la carga de la prueba, que excedería, con largueza, de un estudio como el presente: no obstante, he de recordar que, en general, se coincide en dos aspectos relevantes que acompañan a esta institución procesal: el primero consiste en que la carga de la prueba es la vía por la que se confiere al juez una solución frente a procesos en los que la falta de prueba o la existencia de pruebas enteramente contradictorias, lo sumen en un grado de indecisión tal, que, seriamente, no se vislumbra otra solución que el conocido "*non liquet*" del derecho canónico, que nuestra legislación reconoció hasta comienzos del siglo XX, con la modalidad de la absolución de la instancia. Se trata, entonces, de situaciones en las que se autorizaba al juez a no emitir pronunciamiento sobre el tema propuesto, con todas las dañosas consecuencias imaginables. Hoy, en cambio, ante una situación de semejantes características, se harán recaer las consecuencias sobre aquel que tenía la carga de la prueba y no la satisfizo.

Innecesario parece acotar, además, que en nuestros tiempos actuales, los ordenamientos velan porque la situación no llegue jamás a producirse, convencidos de que actitudes semejantes importarían un severísimo error, con riesgo para la existencia misma de los Estados de Derecho: en consecuencia, reglas como la inexcusabilidad –recogida constitucionalmente en el inc. 2° del art. 76– matizadas con referencias formales a la posibilidad de recurrir a la equidad o a los principios generales del Derecho, cuando la ley se torna insuficiente o, simplemente, no regula la situación –como lo autorizan los arts. 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil y 500 N° 6 del de Procedimiento Penal– han venido a complementar este instrumento del ámbito probatorio.

El segundo aspecto en el que se coincide consiste en que las reglas del onus *probandi* están enderezadas al juez y han de aplicarse al momento de la sentencia: es que, es al decidir la controversia, la oportunidad en que, rigorosamente, el juez establece qué hechos fueron probados y cuáles no lo fueron y, a la vista de este panorama, asigna "responsabilidad" al que, debiendo probar, no lo hizo.

En ayuda del juez vienen las reglas legales de distribución, generales y especiales, pero como no es posible que esas cubran todo el espectro posible de alternativas, resulta conveniente permitir al juez incursionar en alguna excepción a la regla legal.

La dificultad, apunta Serra, estriba en encontrar el criterio general a que debe atenerse el Juez para distribuir la carga de la prueba y, entonces, reseña algunos de los varios criterios propuestos por la doctrina y la jurisprudencia al efecto.[16]

[16] Cfr: Manuel Serra Domínguez. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, Vol 2°, (Arts 1214 al 1253 del C. Civil), 2ª Edic. Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1991, p. 59.

Vigente el antiguo artículo 1224 del Código Civil español, Serra afirmaba *que* ***la norma*** *interpretada en el sentido tradicional de división cuatripartita de los hechos en constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes* ***debía ser completada en cada caso concreto por el Juez teniendo en cuenta principalmente los criterios de normalidad y facilidad probatoria, derivados de la posición de cada parte en relación con el efecto jurídico pretendido.***[17]

Si todas las anteriores teorías pueden estimarse parcialmente satisfactorias, pero insuficientes para comprender la vasta problemática de la carga de la prueba, es precisamente por su pretendida generalidad, que no tiene presente la singularidad de cada caso concreto. Únicamente ***el juez, que, quiérase o no, constituye el centro del ordenamiento jurídico,*** *puede determinar, caso por caso, con ayuda de los criterios generales deducidos del artículo 1214 del Código Civil* –hoy derogado– *interpretados, si se quiere, con los criterios de la distinción de los hechos en constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes, y presididos por la orientación del efecto jurídico favorable, la sentencia a dictar ante una manifiesta insuficiencia probatoria.*

Esta orientación es actualmente la predominante en la doctrina extranjera y ha sido recogida también en España.

Cita Serra la opinión de la doctrina italiana referida al artículo 2697 del Código Civil peninsular, con redacción parecida a la que tenía la mencionada norma española y destaca que ANDRIOLI *advierte que la norma del artículo 2697 es una verdadera y propia norma en blanco, la cual precisa de dos integraciones: una, constituida por la identificación del efecto pretendido por el actor; la otra, por la inserción del efecto, a través de la división tripartita de los hechos jurídicos en constitutivos, impeditivos y extintivos, en la total experiencia normativa. Afirma que los hechos deben ser determinados no abstractamente, sino con relación a los singulares casos concretos, teniendo en cuenta tanto la posición adoptada en el proceso por las partes, cuanto el efecto jurídico pretendido, tras adherirse a la clasificación de los hechos en constitutivos, impeditivos y extintivos, añade que «la resolución del problema depende más a menudo del sentido jurídico del intérprete que de una regia determinada». VERDE concluye que el precepto legal se limita a dar unos principios generales, correspondiendo al Juez aplicarlos a las hipótesis específicas producidas en el proceso, pese a mostrarse partidario de la tesis de la norma favorable, reconoce que la aplicación de este principio no puede ser precisada de forma que resuelva todos y cada uno de los casos que la realidad presenta en materia de la carga de la prueba y, en definitiva, hay que remitirse últimamente a las exigencias de cada supuesto concreto, empleando aquí un sano casuismo como único instrumento de definitiva viabilidad.*

[17] Énfasis agregado

En relación a España, recuerda que *MUÑOZ SABATÉ, desde otro punto de vista, reconoce que en las materias de dificultad probatoria «la Jurisprudencia moderna parte preferentemente de la posición de facilidad probatoria en que se halla la parte favorecida por el onus, en contraste precisamente con la incómoda posición del gravado con dicha carga» y que «todo el problema de la carga de la prueba se dirime en el momento de confrontar las respectivas alegaciones de las partes, estudiando la valoración que cada una de ellas pudiera merecer a la luz de los principios de continuidad, normalidad, dificultad y colaboración o lealtad».*

Por último, MONTERO AROCA,[18] *pese a adherirse teóricamente al criterio de la norma favorable, sostiene que "la carga de la prueba debe repartirse de modo que se estimule la actividad probatoria de aquella de las partes a quien, en cada caso, la prueba resulte más fácil", y reconoce que "se está poniendo de manifiesto en los últimos años la necesidad de una más racional distribución de la carga de la prueba, atendiendo no tanto a una serie de principios teóricos o la posición que se ocupa en el proceso, como: a criterios, prácticos y, en concreto, a la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba".*

El criterio de atribuir la carga de la prueba a la parte que más fácilmente pueda proporcionarla... ha sido recogido en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo; bien con carácter general, bien en los supuestos de responsabilidad extracontractual, bien en determinadas relaciones laborales.

Evidentemente, concluye el profesor de Barcelona, *esta orientación jurisprudencial, debe ser contemplada con la mayor cautela, ya que el término facilidad probatoria se presta a sumos abusos. Si bien es cierto que las reglas legales de carga de la prueba obedecen normalmente a razones de dificultad probatoria, su carácter general y abstracto constituye una garantía de objetividad, lo que no ocurre en las reglas judiciales de carga de la prueba, que pueden venir influenciadas excesivamente por las características del caso concreto.*[19]

No está de más recordar que, como ya ha anotado Nieva-Fenoll,[20] invocando a Lessona, ésta es una institución de larguísima data y que se remonta al siglo XIII, conforme lo revelan algunos párrafos atribuidos a Martinus De Fano.

Sin embargo, según acertadamente se ha puesto de manifiesto, hay que cuidarse de proponer, como elemento determinante del ejercicio de las facultades judiciales, el criterio de **"dificultad probatoria"**, puesto que de procederse de esta manera, se llegaría al absurdo de que, en los juicios, las afirmaciones más descabelladas, serían las más cómodas de alegar, puesto que la misma

[18] *El Proceso laboral*, pp. 254 y 256. *Derecho Jurisdiccional*, p. 136, cit. por Serra, ob. cit.
[19] Serra, ob. cit. p. 65-66.
[20] Cfr: Jordi Nieva-Fenoll. *Los sistemas de valoración...*, cit. p. 108.

imposibilidad de probarlas pondría su prueba a cargo de la parte contraria, lo que ha llevado al rechazo por la doctrina de este criterio de la dificultad probatoria, como condición para la distribución de la carga de la prueba. De aquí la relevancia, mucho más que meramente semántica, que impone aclarar **que, antes que la dificultad probatoria, lo que gatilla el traslado de la carga es la facilidad de prueba por una de las partes,** [21]y que, además, este criterio debe ser utilizado únicamente como complemento a la división cuatripartita de los hechos en constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes, y únicamente para resolver los casos extremos en que dichas reglas objetivas sean inaplicables y conduzcan a resultados manifiestamente injustos.

En sentido semejante, recientemente, Teresa Armenta Deu, comentando el citado artículo 217 de la LEC, concluye en que *la previsión general y también las especiales se completa con la norma de cierre contenida en el último apartado del propio precepto, facultando al tribunal para tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.*

Se tratará, explica, *de situaciones como la mayor proximidad o la disponibilidad de las fuentes de pruebas o los casos de responsabilidad médica en que los protocolos médicos siempre estarán en manos del médico frente a quien se reclama.*

Esta regla atemperadora –concluye– *puede presentar una importancia decisiva en las situaciones de una realidad compleja, derivada de los avances técnicos o las variables relaciones jurídicas en materia de responsabilidad y riesgo, por ejemplo.*[22]

La situación consiste en que –como escribe Oteiza– *frente a una situación de desventaja de una de las partes, con respecto a la capacidad de probar la ocurrencia de una determinada hipótesis sobre los hechos y la reticencia de la parte contraria a acreditar aquello que está en su dominio... quebrantando el principio de colaboración,* ***es posible atribuirle a esta última las consecuencias negativas del estado de incertidumbre.***[23]

El Código General del Proceso de Colombia, de julio de este año 2012, como se anticipara, proclama en su artículo 167, bajo el epígrafe de "Carga de la prueba":

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

[21] Predomina la mirada positiva (facilidad) antes que la negativa (dificultad).
[22] Cfr. Teresa Armenta Deu. *Lecciones de Derecho Procesal Civil.* Marcial Pons, 5ª edic., Madrid, 2010, pp. 173-174.
[23] Cfr: Eduardo Oteiza: "La carga de la prueba", en *La prueba en el Proceso Judicial,* VV.AA., Rubinzal Culzoni Edit. Sahta fe, 2009, p. 204.

No obstante, según las particularidades del caso, ***el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga*** *al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar,* ***exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.*** *La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.*

"Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Por su parte el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española –cuerpo legal modelo y referente permanente del Proyecto chileno– consagra, en su numeral 2, la regla general que se observa en el Derecho Comparado, en el sentido de que *...corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención...*, regla a la que la doctrina alemana ha arribado, igualmente, como explica Marinoni,[24] destacando que esta doctrina, desarrollando la idea de que la discusión en torno a la aplicación de una norma puede girar en torno a hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos, ha concluido, lógicamente, de que al actor corresponde probar los supuestos de hecho que hacen aplicable la norma y al demandado, los hechos impeditivos, modificativos o extintivos, de allí que se la haya denominado "Normentheorie".

La mencionada Ley española de Enjuiciamiento se extiende a otras hipótesis especiales y luego, conclusivamente, tras establecer que las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes, finaliza proclamando que *"...Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la* ***disponibilidad y facilidad probatoria*** *que corresponde a cada una de las partes del litigio..."*(N° 7).

Como he adelantado, la inclusión de un precepto semejante en el proyecto chileno de nuevo Código de Proceso Civil, ha generado un sorprendente movimiento crítico, encabezado por algunos profesores de Derecho Civil, incluyendo

[24] Cfr. Luiz G. Marinoni: "Formação Da Convivição e Inversão Do Onus Da Prova Segundo as Peculiaridades Do Caso Concreto", *Revista Peruana de Derecho Procesal XII Comunitas*, Lima, 2008, p. 109.

a algunos que, consultados durante la elaboración del Proyecto para formular sus comentarios, no formularon objeciones.

Primordialmente –tras argumentarse con leve tono de escándalo el que una norma procesal pretenda modificar un principio señero del Código Civil– se censura que dotar de este poder al juez importa alterar la igualdad entre las partes en el proceso y abre margen a la inseguridad jurídica.

La cuestión impone recordar, como paso primario, el que en el derecho germánico, históricamente, era el juez el que determinaba qué parte debía probar, una vez que escuchaba las respectivas pretensiones, puesto que, con vista solo en las mismas, el Juez en un estudio preliminar determinaba a cuál de las dos partes le correspondía probar, teniendo presente que, al centrarse la prueba en la prestación del juramento –que era considerado como plena prueba en todos los casos– la producción de la prueba equivalía normalmente al resultado favorable del litigio. Por ello, explica Serra, se comprende que al no poder prestar el juramento, ambas partes simultáneamente, el Juez determinaba previamente cuál de las partes debía probar. Y así, la carga de la prueba constituía más bien un beneficio. Si la parte se negaba a probar, entonces se defería el juramento a la contraria, con lo que, al rechazar la prueba, normalmente se perdía el litigio.[25]

Ello aboca a efectuar un análisis axiológico: es que si el reproche consiste en que se afecta un valor tan caro al ordenamiento como el de la seguridad jurídica, no queda sino entrar el ámbito de los valores y, llevados a este campo, no podemos sino coincidir en que una característica de los valores es su jerarquización.[26] Afirmo, entonces, que los valores tienen jerarquía; que no son todos iguales entre sí, aunque existan criterios diferente para clasificarlos. Esto importa reconocer que hay valores que se afirman superiores a otros; así, por ejemplo, los valores éticos se afirman superiores a lo estéticos; los vitales, que los útiles –conforme a la clasificación de Scheler[27]– lo que importa que llamados a sacrificar uno por otro, seguiremos una jerarquía no escrita, pero implícita, y, en este contexto, no parece posible que en la disyuntiva entre justicia y seguridad, alguien opte por esta última. A la inversa, siempre escogeremos por la primera, entre otras razones, porque hemos de acatar el imperativo a cuya ejecución nos interpelan las palabras inmortales de Couture, en el sentido de que si "nuestro *deber es luchar por el derecho, el día en que encontremos en conflicto el derecho con la justicia, habremos de luchar por la justicia*".

[25] Cfr: Manuel Serra Domínguez. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., p. 52.
[26] Cfr: Manuel Garcia Morente. *Lecciones Preliminares de Filosofía*, Edit Losada, Bs. Aires. p. 381.
[27] Recuerda García Morente que Scheler clasifica los valores en estos grupos: útiles (adecuado inadecuado); **vitales** (fuerte, débil); lógicos (verdad, falsedad); **estéticos** (bello, feo); éticos (justo, injusto), y **religiosos** (santo, profano) ídem nota anterior.

Lo anterior, sin olvidar lo que Morello[28] denominaba una "visión solidaria de la carga de la prueba", expresión que por su solo enunciado no requiere de mayores explicaciones.

El segundo fundamento teórico y ético del instituto lo representa el desafío de la verdad como norte de la actividad jurisdiccional y base de las sentencias. Este tema ha sido vigorosamente destacado en las últimas dos décadas por Taruffo, quien aboga por una readecuación del sentido mismo del proceso, para llevarlo de mero medio de solución de conflictos, a uno que, sin dejar de lado esta meta primordial, tenga, empero, siempre en consideración la aspiración de establecimiento de la verdad.

Mi propuesta

Como es sabido, una de las críticas más ardorosas que se han formulado a este instituto consiste en el reproche de que el ejercicio de esta facultad por el tribunal sume a la parte afectada en indefensión, toda vez que, se sostiene, los jueces resuelven invertir el peso de la prueba a la hora de dictar la sentencia, esto es, a unas alturas en las cuales el afectado no tiene ya posibilidad alguna de defenderse.

Pues bien, en esta tesitura, el Proyecto ha buscado evitar sorpresas para los litigantes y ha determinado que si, en concepto del juez, corresponde invertir el peso de la prueba, él deberá formular una específica declaración en este sentido, durante el desarrollo de la audiencia preliminar (art. 280 N° 9), agregándose que, en este caso, la parte (afectada) y para el sólo efecto de satisfacer la carga probatoria impuesta por el tribunal, podrá ejercer el derecho contemplado en el art. 276, esto es, el de ofrecer prueba adicional, como acontece cuando se invocan hechos nuevos.

De cara a disipar inquietudes y buscar consensos, pero, por sobre todo, para mantener la modalidad reformadora que, parece evidente, antes de resentir la justicia de las soluciones jurisdiccionales futuras habrá de fortalecerla, tras repensar el tema, creo indispensable insistir en la necesidad de que la ley consigne, de modo categórico, que el ejercicio de esta facultad que se confiere a los jueces constituye una modalidad excepcional.

Su ejercicio debe ser impetrado por la parte afectada. En otros términos, la idea consistirá en no esperar del juez una iniciativa judicial sobre el tema, sino exigirse que sea la parte sobre cuyos hombros descansa la carga probatoria, la que sugiera su inversión, en función de los antecedentes concretos del caso.

[28] Cfr: Augusto M. Morello *La Prueba. Tendencias Modernas*. Abeledo Perrot, La Plata, 1991, p. 38-55.

De este modo, se concederá a la contraria una efectiva posibilidad de oponerse y el juez resolvería el punto con conocimiento de los antecedentes, pero, especialmente, con la conciencia de haber escuchado previamente a las partes o haberles conferido la posibilidad de ejercer sus derechos.

En esta línea, parece necesario consignar elementos objetivos que ayuden al juez en la adopción de la decisión: no se trata de que el litigante –teóricamente favorecido por la inversión– pueda excusarse de cumplir con este imperativo probatorio esencial, por simple comodidad, desidia o afán de complicar a la otra parte. Tampoco –y esto lo creo relevante– se trata que nos encontremos ante un caso de prueba imposible, cuyas consecuencias se pretendan trasladar al contrario. Se pretende, simplemente, en cambio, que por acreditarse, objetivamente, que un litigante tiene mayor facilidad o disponibilidad para producir una prueba que acredita los hechos invocados por la parte contraria –lo que no es corriente– se le imponga a él la tarea de producirla, bajo el apercibimiento de sufrir las consecuencias de la inejecución.

Con esta finalidad, propongo reemplazar el artículo 294, por el que sigue, y eliminar el numeral 9 del artículo 280 actual.

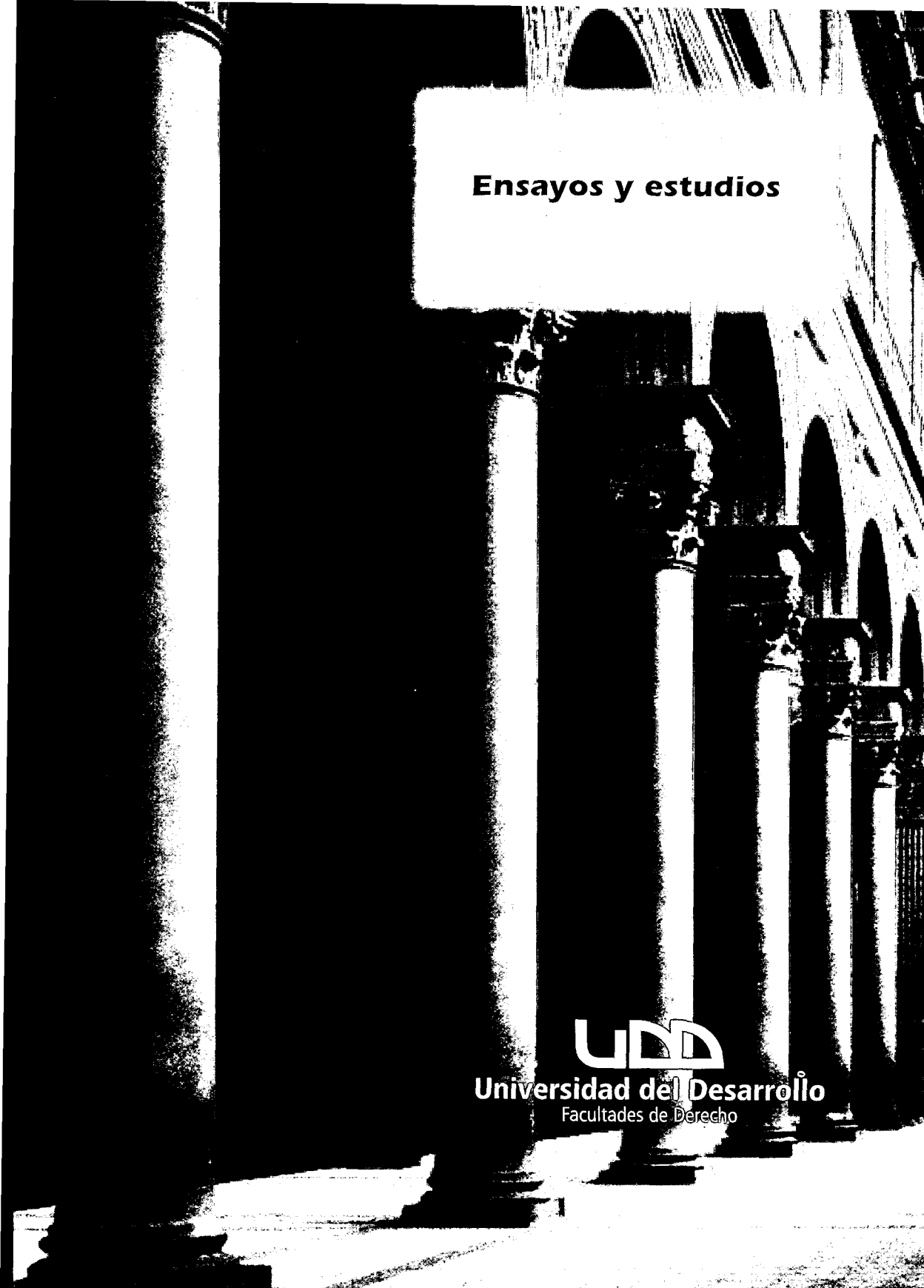
Artículo 294. **Carga de la prueba**: *Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficia, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa, la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.*

A petición de parte interesada, formulada, respectivamente, en la demanda o en la contestación y con indicación específica de los hechos cuya prueba se pide imponer a la parte contraria, el tribunal escuchando a las partes, podrá distribuir, excepcional y limitadamente, la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que, se le acredite, posea cada una de las partes en el litigio. Si la distribución la pide el actor, el demandado deberá formular sus observaciones al contestar la demanda; si la pide el demandado, el actor responderá en la audiencia de preparación. Ambas partes podrán rendir prueba para acreditar sus afirmaciones sobre el punto. El tribunal las recibirá en la audiencia mencionada y resolverá en esa misma oportunidad, dejando constancia, si procediere, de las razones o circunstancias que lo llevaron a establecer que la parte afectada tiene la disponibilidad o cuenta con mayor facilidad para rendir prueba sobre el hecho o hechos de que se trate. Su resolución será apelable en el solo efecto devolutivo.

Si se diere lugar a la distribución que se ha pedido, la audiencia continuará para cumplir con todas las actividades previstas en el artículo 280 y se fijará, necesariamente, otra, a un plazo no superior a siete días hábiles, para que el obligado acompañe la prueba documental que estime y proponga la restante, de acuerdo

a lo establecido en los artículos 253 N° 4 y 271 N° 3. Finalizada esta audiencia se dictará la resolución prevista en el artículo 281.

Con la redacción propuesta, me parece, se superan todos los reparos formulados y se mantiene vigente el instituto, que no cabe duda, habrá de procurar sentencias más justas.


Ensayos y estudios
Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Hacia una nueva concepción del contrato (Cinco ideas para su renovación)

Pablo Rodríguez Grez
Decano
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto destacar algunos rasgos del contrato que no han sido suficientemente abordados por la doctrina jurídica. Se trata de precisar la influencia que cabe al contrato en la organización de la libertad de quienes participan en él. Para medir, en una perspectiva estrictamente jurídica, este fenómeno, se estudian los nuevos horizontes del contrato, poniendo énfasis en que se trata de una regla de validez jurídica derivada, analizándose a propósito de ello la autonomía privada como potestad regulatoria, la importancia de la distinción entre derecho público y derecho privado, el derecho como disciplina esencialmente "participativa", y el contrato como "ley particular". Se examina, en seguida, el contrato como autolimitación de la libertad, definiéndose la obligación como deber de conducta típica y denunciando el desequilibrio negocial existente, y la circunstancia de ser el contrato un recurso óptimo para organizar la libertad individual. Sobre este punto se propone una fórmula capaz de superar el desequilibrio negocial. Se revisa, asimismo, el contrato en relación a los derechos fundamentales y la integración del mismo. Se destaca, a continuación, el rol que cabe al contrato en lo relativo a la creación, circulación y distribución de los bienes, enfatizándose la causa del mismo, su función como composición de intereses opuestos y su proyección en otras ramas del derecho (en particular en el campo administrativo). Especial atención se pone en la sistematización de la función interdependiente del contrato, sobre los grados de culpa de que responde el acreedor, y su deber de cooperación para el cumplimiento de la obligación. Se examina la obstrucción activa del acreedor en relación a la conducta desplegada por el deudor, la expansión externa del poder vinculante del contrato, su efecto respecto de terceros, la implicancia causal de dos conductas sucesivas, y el incumplimiento provocado por un tercero. Concluye este trabajo con tres cuestiones ligadas al contrato: la limitación de la responsabilidad contractual, las dificultades probatorias que plantea el consensualismo, y los desafíos que genera el avance científico tecnológico en el ámbito del derecho.

***

I. Contrato y libertad

La actual concepción doctrinaria del contrato nos parece insuficiente en consideración al desarrollo de la ciencia jurídica. Creemos que ella debe insertarse en los renovados planteamientos de la teoría general del derecho. Probablemente la crítica más justificada a la civilística moderna consista en representar el divorcio que se observa entre los grandes principios e instituciones jurídicas y los textos tradicionales del derecho común. No se requiere de mucha sagacidad para descubrir que el derecho privado es objeto de un proceso descodificación, razón por la cual muchas de sus normas aparecen disgregadas, haciéndose cada vez más difícil mantener un enfoque unitario y coherente.

Para superar las deficiencias indicadas debe partirse de varias premisas hasta hoy prácticamente ignoradas por la dogmática civil. No podemos seguir enfatizando, para hacer comprensible la importancia y proyección del contrato, el hecho de que se trata de una "fuente de obligaciones y derechos personales" (artículos 1437 y 2284 del Código Civil), que "quien contrata lo hace para sí y para sus sucesores" (artículo 1097 del Código Civil), que el contrato produce "efectos relativos", e importa "un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (artículo 1438 del Código Civil). Todo esto es efectivo y corresponde a lo que ordena la ley. Pero el contrato es mucho más en el universo jurídico y una institución que cada día cobra mayor importancia en el funcionamiento de la organización social.

Desde luego, debe destacarse el hecho de que por su intermedio el sujeto se **integra a la comunidad,** precisando y configurando sus derechos y sus obligaciones y ejerciendo en plenitud su libertad. En la medida que se resguarda la facultad de contratar se amplía el ámbito de disposición de los bienes y se permite al imperado la asunción de conductas fundadas en la realización y ejecución de sus intereses patrimoniales y extrapatrimoniales. Desde esta perspectiva, el contrato es el instrumento que mejor se aviene con el sueño de una sociedad libre en la cual cada individuo administra su libertad en función de los intereses que le resultan preponderantes. En la medida que el Estado, por medio de la ley, asuma la función de programador y controlador de las conductas sociales, paralelamente, se contrae el campo de acción que el individuo reivindica para su soberana determinación. Lo que señalamos obliga a analizar, detallada y minuciosamente, de qué manera pueden despejarse los obstáculos que impiden el reconocimiento de un campo contractual más amplio, en el cual el contrato no aparezca desvirtuado por efecto de fenómenos sociales, culturales y económicos propios de las sociedades modernas, todos los cuales conspiran o hacen imposible el "**equilibrio**" que supone la sana y justa constitución de una relación contractual. Piénsese sólo en el hecho de que, en este momento, un sujeto que se negare a contratar no podría subsistir y que, en una inmensa proporción,

cuanto hace en el ámbito intersubjetivo está condicionado por mandatos de carácter contractual.

De lo dicho se sigue que el contrato es, a no dudarlo, el instrumento que integra e incorpora al imperado en el núcleo de la sociedad moderna, lo que le permite regular por sí mismo, como se explicará, su conducta en ella. Toda tendencia anticontractualista es una manifestación propia de reminiscencias estatistas que procuran transferir la libertad individual al campo de la regulación legal, depositando en el legislador, cada vez en mayor medida, la potestad de regular la conducta de los imperados. El reproche que con mayor frecuencia se formula está directamente relacionado con el sentido y alcance que se atribuye a los derechos subjetivos que, según se afirma, permiten a un sujeto subordinar a su contraparte, puesto que se le confiere un poder sobre ella (exigir que se despliegue una determinada conducta). Tan conocidos como fracasados son los esfuerzos desplegados por algunos doctrinadores, destinados a transformar el derecho subjetivo en deber social (León Dugui), o en un instrumento formal susceptible de ser superado más adelante por la doctrina jurídica. Lo cierto e inamovible, hasta el día de hoy, es que el contrato, fuente principal de los derechos subjetivos, es el medio que hace posible que cada persona pueda organizar, regular y programar su vida social, en aquellas materias que, atendida su importancia, requieran de un imperativo jurídico de naturaleza coercitiva fundado en su propia voluntad.

De lo señalado puede inferirse, entonces, que es indispensable repensar la concepción y el rol del contrato en la sociedad moderna, fortaleciendo su importancia y fijando las fronteras que permitan ampliar el campo de acción de la voluntad como instrumento de articulación de la libertad.

Con sobrada razón Luis Diez-Picazo, al referirse a la concepción moderna del contrato, escribe: *"Contrato es todo acuerdo de voluntad por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en una institución central, en la piedra angular, no sólo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva como una trama o una urdiembre de los contratos que los particulares celebran. El Derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como 'atentados a la libertad de la persona'. Esta concepción moderna del contrato tiene su más profunda raíz y su más profundo fundamento en una serie de presupuestos ideológicos y sociológicos que conviene tener en cuenta y no perder de vista.*

"El primero de estos presupuestos es el presupuesto económico de una economía liberal fundada en el lema del ***laissez faire*** *y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son, como dice Adam Smith, los mejores motores de la felicidad y la prosperidad de las naciones.*

"El segundo de los presupuestos ideológicos de la concepción moderna del contrato se encuentra en la idea de la sustancial igualdad de las partes contratantes. El contrato es el medio mejor de arreglo de los intereses privados porque es una obra común de los contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico. Es un arreglo entre iguales.

"El tercero de los presupuestos ideológicos y socioeconómicos se encuentra en una época que rinde culto, como ya hemos señalado, a las ideas de la preponderancia de la libertad individual y que en definitiva es una época de predominio burgués sobre la economía. Puede decirse que esta concepción del contrato es un instrumento idóneo para un señorío de la burguesía sobre el mercado de capitales y de trabajo y, en definitiva, para un señorío sobre la economía considerada en su conjunto."[1]

La cita trascrita en nada impide que, en la misma obra, el autor reconozca las características de lo que llama *"contratos de masas"*, particularmente referidos a los servicios públicos, reconociendo que *"De hecho la libertad de iniciativa individual y la autonomía de la voluntad de ambos contratantes se encuentran en este tipo de contratos de algún modo restringidas. El contrato no es ya una regla de conducta obra común de ambas partes contratantes, sino que una de ellas tiene que limitarse a aceptar – o en su caso rechazar – el único contrato posible... De esta suerte, los fenómenos de estandarización de la materia contractual dan lugar a dos tipos de fenómenos, que habrán de ser objeto de estudio especial: los contratos de adhesión o contratos tipo, con un contenido preformulado, denominado condiciones generales de contratación, y lo que puede denominarse relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica".*[2]

A esta materia nos abocaremos más adelante.

II. Nuevos horizontes

1. El contrato como regla de validez jurídica derivada

Para reenfocar el contrato en la temática que proponemos, debemos comenzar por establecer que éste (el contrato) es una "**regla**", vale decir, un mandato particular y concreto de efecto *"relativo"* (cuyas consecuencias sólo alcanzan a las partes contratantes), y que nace al exteriorizarse la voluntad de quienes intervienen en él (consentimiento). Los particulares, como creadores de reglas, deben ajustarse a la ley, esto es, a una "**norma**" (mandato general y abstracto)

[1] Luis Diez-Picazo. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Volumen I. Ediciones Civitas. Madrid. Año 1996. Pág.121.
[2] Luis Diez-Picazo. Obra citada. Pág. 131.

que fija los requisitos y exigencias para que el acuerdo de voluntades tenga efectos jurídicos vinculantes. En otras palabras, es la ley la que confiere **validez** al contrato (fuerza obligatoria), tanto respecto de su gestación, su perfeccionamiento y sus efectos.

Si nos preguntamos por qué vale un contrato, la respuesta sería: porque en él concurren los "elementos normativos" (tanto formales como materiales) que determinan su incorporación al sistema jurídico. En otros términos, el contrato **vale** porque ha sido creado de la manera señalada en la norma (ley) y reproduce los elementos esenciales de la misma o, al menos, no los contradice.

El autor recién citado asume esta característica del contrato diciendo: *"Corresponde a Kelsen el mérito de haber establecido la distinción entre contrato como acto y contrato como norma* (para nosotros "regla", para una mejor comprensión). *La palabra contrato encierra un equívoco, pues se refiere unas veces al acto que los contratantes realizan (v.gr.: se dice celebrar un contrato) y otras veces se refiere al resultado normativo o reglamentario que con este acto se produce para los contratantes (v.gr.: se dice cumplir un contrato, estar obligado por un contrato). Desde el primero de los puntos de vista mencionados, el contrato se nos aparece como un acto jurídico, es decir, una acción de los interesados a la cual el ordenamiento atribuye unos determinados efectos jurídicos. Desde el segundo de los puntos de vista apuntados, el contrato se nos aparece como un precepto o como una regla de conducta* ***(lex contractus;*** *la regla contractual). El contrato es, entonces, una determinada disciplina, que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta".*[3]

Para constatar lo que decimos basta citar el artículo 1445 del Código Civil, conforme al cual *"Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita".* Cada una de estas exigencias está reglamentada en la ley (capacidad, consentimiento, objeto y causa), de suerte que para generar un vínculo contractual válido es menester dar cumplimiento a los requisitos indicados. Sólo de este modo el sujeto puede "gravar su libertad" (limitarla), asumiendo una obligación civil o incrementar su patrimonio adquiriendo un derecho subjetivo de carácter patrimonial.

No cabe duda, entonces, que la génesis y validez del contrato se desprende de una norma jurídica (mandato general y abstracto), y que la *"libertad contractual"* está delimitada por ella, pero reconociendo que se extiende a toda área que no se encuentre expresamente vedada al imperado (en el campo del derecho privado puede hacerse todo aquello que no esté prohibido en la ley).

[3] Luis Diez-Picazo. Obra citada. Pág. 123.

Lo que indicamos se deduce, inequívocamente, de las normas jurídicas que reglamentan el objeto ilícito y la causa ilícita (artículos 1460 y siguientes del Código Civil).

1.1. Potestad regulatoria y autonomía de la voluntad

El sujeto que contrata ejerce una *"potestad regulatoria"* (facultad para crear reglas que comprometen su conducta futura), denominada *"autonomía privada"*, la cual le permitirá incorporar al sistema jurídico un mandato particular y concreto de efecto relativo, pero de naturaleza coercitiva, que se activará como tal (coacción), en el evento de que dicho mandato no se cumpla espontáneamente de la manera convenida (ejecución forzosa, cumplimiento por equivalencia, prestaciones sustitutivas). En esta fase de la relación jurídica –creada esta vez por el contrato– el *"efecto relativo"* del mismo se atenúa, porque la coacción (fuerza) es suministrada por el Estado (que detenta su monopolio), poniéndola al servicio del cumplimiento de la ley (por ende del contrato). No puede perderse de vista que el contrato no es más que la extensión de la ley (porque se celebró, produce los efectos y se ajusta al marco prefijado en ella), y la forma más perfecta de singularizar el mandato normativo y, por este medio, ampliar, restringir u organizar la libertad individual.

De la manera indicada, el sistema normativo transfiere a los imperados la facultad de regular su conducta, vedando sí ciertas estipulaciones que contraían los intereses de la comunidad toda (lo que se manifiesta vulnerando la moral, el orden público, las buenas costumbres, la seguridad nacional, etcétera). Lo anterior justifica el principio rector ya citado y cada día peor interpretado, conforme al cual en el ámbito del derecho privado *"puede hacerse todo aquello que no esté prohibido expresamente en la ley"*. No ha sido difícil restringir la *"libertad contractual"* y la *"autonomía privada"*, ya que los conceptos citados permiten extender lo vedado (prohibido) en forma ilimitada por la vía interpretativa. Con todo, paralelamente, hay que reconocer que ellos hacen posible integrar al derecho elementos renovadores, que emergen del seno más profundo de la sociedad, destinados a actualizar el mandato normativo, puesto que la *"moral"*, el *"orden público"*, las *"buenas costumbres"* la *"seguridad nacional"*, la *"utilidad y salubridad públicas"*, etcétera, son conceptos abiertos que van evolucionando en la medida que evoluciona la sociedad. En otras palabras, si bien ellos sirven para restringir la *"libertad contractual"* y la *"autonomía privada"*, son un medio de actualización y renovación del contenido de las normas jurídicas, que opera en virtud de un proceso social evolutivo y espontáneo que el derecho recoge sin fricciones.

Creemos nosotros que no se ha puesto la debida atención a estos factores que determinan, por una parte, el alcance de la facultad de los particulares para autoregular su conducta y, por la otra, renovar (sin necesidad de refor-

mas legislativas), el mandato normativo. No se conocen estudios sobre cómo ha evolucionado el contenido de la moral y el orden público, por ejemplo, a pesar de que tropezamos a cada instante con ellos, ni sobre el significado de nuevos conceptos, tales como la utilidad y salubridad públicas o la seguridad nacional. En este aspecto hay vacíos e insuficiencias que se hacen patentes con sólo replantearse el alcance del contrato. Lo curioso, sin embargo, es que se les da frecuente aplicación, pero al margen de un contexto doctrinario bien asentado y con las vacilaciones y contradicciones que son fruto inevitable de un cierto grado de espontaneidad.

No se nos escapa la necesidad de poner acento en dos otras materias relacionadas íntimamente con lo señalado.

1.2. Derecho público y derecho privado

A la vaguedad que acompaña la precisa determinación de los conceptos invocados (que cumplen una función semejante a un lubricante entre la norma y la realidad social que aquélla reglamenta), deben unirse las crecientes dificultades que presenta la distinción entre *"derecho público"* y *"derecho privado"* que, como se sabe, resulta fundamental para que opere la llamada *plenitud del orden jurídico* (en el primero la ausencia de disposición que faculte a la autoridad para obrar implica la existencia de una *"prohibición"* y la consiguiente nulidad de lo obrado; en el segundo, la ausencia de disposición importa una *"permisión"* que habilita al particular para actuar válidamente). No resulta exagerado sostener que los principios fundamentales del derecho civil parecen hallarse debilitados por la expansión constante del derecho público (especialmente en el campo constitucional y administrativo), lo cual ha generado áreas en las cuales es difícil determinar si nos hallamos ante una norma de derecho público o de derecho privado y, por lo mismo, precisar las facultades de la autoridad y de los particulares. Los llamados criterios de distinción, para precisar los límites del *derecho público* y el *derecho privado,* no han logrado una aceptación unánime, razón por la cual una frontera de tanta importancia para la aplicación del derecho sigue siendo cada vez más difusa e indeterminada. No puede ignorarse que existen ramas del sistema normativo sensiblemente afectadas por esta confusión que requiere con máxima premura una respuesta de la doctrina que zanje las diferencias y permita distinguir ambos campos.

1.3. El derecho como disciplina "participativa"

Como hemos sostenido en varias otras publicaciones, ha faltado a los juristas destacar que el derecho es una disciplina esencialmente participativa, puesto que el derecho se construye *"por todos"* (autoridades e imperados), constantemente, día a día, ya que a cada persona le está asignado el ejercicio de una potestad (a las autoridades de carácter normativo y a los particulares de carácter

regulatorio).[4] En cierta medida, cada cual va determinando las obligaciones que debe cumplir, por medio de la inserción en el sistema normativo de los actos y contratos en que interviene. Este proceso enriquece notablemente el ordenamiento jurídico, porque el sujeto participa en él activa y pasivamente, configurando aquellos mandatos que más directamente le afectan. Nótese que lo anterior sería imposible sin el contrato que, desde esta perspectiva, resulta ser instrumento insustituible para el funcionamiento del sistema.

No puede ignorarse que una de las aspiraciones más sentidas de la sociedad contemporánea, en todo orden de actividades, es la *"participación"*, lo cual se traduce en la exigencia de una mayor intervención del imperado en los hechos que le conciernen Esta parece ser una de las manifestaciones más frecuentes de los movimientos sociales que han emergido al amparo de los nuevos recursos tecnológicos. Desde esta perspectiva, el derecho no sólo hace posible la realización de esta aspiración; ella (la participación) es condición esencial de su funcionamiento y eficacia *(realización espontánea del derecho)*. Por lo mismo, no es aventurado ni irreal sostener que el derecho es una *"creación colectiva"*, puesto que todos somos titulares de una potestad. Del mismo modo, puede advertirse que el derecho es dinámico, ya que se va adaptando a los cambios que experimentan los hábitos, costumbres y preferencias sociales. Este fenómeno se explica porque el cumplimiento de una norma (mandato general y abstracto), opera a través de la elaboración de una regla (mandato particular y concreto) que construye el intérprete y mediante la cual los elementos normativos de la primera se traspasan a la segunda dándole validez jurídica. Así, por ejemplo, la norma representa una abstracción que no puede cumplirse como tal. Para lograr el cumplimiento debe el mandato general y abstracto ***singularizarse o concretizarse,*** lo que se consigue dictándose una sentencia judicial, una resolución administrativa, un acto o contrato o una regla que se da a sí mismo aquel que cumple la norma de manera espontánea (singulariza lo general sin intervención de otro sujeto)[5] Es correcto, entonces, afirmar que las normas se cumplen por medio de las reglas, y que estas últimas se construyen por el intérprete, transfiriendo a la regla los elementos normativos que permiten insertarla en el ordenamiento jurídico y dotarla de validez. Ahora bien, en este proceso de concreción o singularización del mandato normativo se da la posibilidad de ir avanzando hacia la adaptación y actualización del derecho, recurso que flexibiliza su aplicación y lo mantiene en constante evolución. Lamentablemente

[4] Entendemos por potestad "normativa" la facultad de dictar normas, esto es, mandatos generales y abstractos que alcanzan a todos quienes se hallen en la misma situación; y por potestad "regulatoria", la facultad de dictar o elaborar "reglas", esto es, mandatos particulares y concretos (como sentencias judiciales, resoluciones administrativas, actos y contratos).

[5] A esta regla la llamamos "regla persona, tácita y autocompuesta", porque se la da el sujeto que queriendo cumplir espontáneamente la norma no dispone de un mandato particular exógeno que lo singularice. Para facilitar el lenguaje hemos propuesto asignarle el nombre de "parraregla". Pueden verse a este respecto *Estructura Funcional del Derecho* y *Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del Derecho*, Ediciones Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo. Años 2001 y 2006.

esta materia no ha sido profundizada por la doctrina jurídica. Por lo tanto, al carácter participativo del derecho debe adicionarse su flexibilidad para acomodarse a las transformaciones que experimenta el cuerpo social.

1.4. El contrato como ley particular (pacta sunt servanda)

Finalmente, el contrato como regla de validez jurídica derivada tiene como máxima representación y reconocimiento lo previsto en el artículo 1545 del Código Civil, según el cual *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*. Dicha disposición incorpora a nuestro Código Civil el principio *"pacta sunt servanda"*, que da consistencia, estabilidad y certeza jurídica al contrato. En consecuencia, el contrato es una *ley particular*, elaborada por los contratantes ajustándose a las exigencias contenidas en la ley, inmutable, de efecto relativo, que describe una relación jurídica que se resuelve generando derechos y correlativamente obligaciones. La causa eficiente del contrato no puede ser sino la ley. Del hecho de celebrarse legalmente, vale decir, de reunir los requisitos impuestos en las leyes, arranca el poder vinculante del contrato y su estabilidad. Es por ello que la regla jurídica creada no puede dejarse sin efecto, sino por mutuo consentimiento (en derecho las cosas se deshacen del mismo modo en que se hacen), o por causas legales coetáneas o posteriores a su celebración (caso de la resolución y de la caducidad). De lo anterior se sigue que el carácter de regla de validez derivada que damos al contrato está reconocido expresamente en nuestro Código Civil al consagrar, como se dijo, este principio.

2. Autolimitación de la libertad

Como se señaló en el párrafo anterior, el contrato es un instrumento mediante el cual cada sujeto **autolimita u organiza su libertad.** Todo contrato implica la asunción de obligaciones, ya sea que ellas surjan al momento de perfeccionarse o posteriormente (contratos sinalagmáticos imperfectos). Por lo tanto, el contratante asume el deber de comportarse de la manera establecida y no como podía hacerlo antes de celebrarlo. Un ejemplo proyectará en toda su dimensión lo que destacamos. Quien celebra un contrato de trabajo verá sustancialmente alterada su existencia, puesto que parte importante de su vida deberá destinarla a satisfacer los compromisos y deberes que impone el contrato. Lo propio sucede, en menor medida probablemente, como consecuencia de celebrar cualquier tipo de contrato.

Lo que destacamos nos lleva a la conclusión de que cada persona va elaborando el estatuto jurídico que regula la mayor parte de sus actividades sociales y que ello es consecuencia, principalmente, del ejercicio de la *"libertad contractual"* y la *"autonomía privada"*.

Cabe preguntarse por qué razón no se ha puesto énfasis en este aspecto cuando resulta evidente que el ejercicio de la *"autonomía privada"* es la manera más extendida y útil para los efectos de que cada uno regule parte sustancial de su vida social.

2.1. La obligación como deber de conducta típica

Creemos nosotros que esta insuficiencia incide en el erróneo concepto de lo que constituye la *"obligación"* (efecto necesario de todo contrato). Si la obligación, como lo estima la doctrina tradicional, consiste en la *"necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer algo en favor de otro"*, desaparece la evidencia de que el contratante actúa en función de autolimitar u organizar su libertad, quedando constreñido, exclusivamente, a la satisfacción de una curiosa *"necesidad jurídica"*. No sucede lo mismo si conceptualizamos la obligación como un *"deber de conducta típica"*, puesto que con ello resaltamos que el obligado no satisface *"necesidades jurídicas"* circunstanciales, sino que se compromete a desplegar una cierta actividad, asumiendo el *"deber"* de obrar de la manera descrita por los contratantes o establecida en la ley en subsidio. Es precisamente por ello que su libertad queda limitada, puesto que deberá comportarse como está estipulado o sufrirá las consecuencias del incumplimiento (responsabilidad), debiendo desplegar forzosamente la conducta debida u optar por un cumplimiento por equivalencia.

Si la sucesión de contratos que cada persona celebra en el curso de su existencia importa una autolimitación de la libertad individual, ello implica que, en parte nada despreciable, las restricciones que sufre la libertad individual provienen de la voluntad del afectado y, paralelamente, que su actividad está determinada por las obligaciones asumidas.

Desde esta perspectiva, el contrato es el instrumento más efectivo y habitual para la regulación moderna de la vida social, como señalamos en el apartado anterior. A través de él se entrega al propio sujeto la posibilidad de diseñar sus actividades, sea ampliando o delimitando la libertad.

2.2. El desequilibrio negocial

Teniendo en consideración las observaciones que anteceden, es posible comprender la preocupación que suscita el **desequilibrio** que existe entre los contratantes a la hora de negociar un contrato. Si, como se sostiene tan frecuentemente, es muy difícil, si no imposible, sustraerse de la necesidad de contratar (atendida la forma en que se distribuyen los bienes de subsistencia), y puede una de las partes imponer sus condiciones, la libertad de los más débiles está gravemente amenazada por el poder de negociación de los que dominan el mercado. La contratación civil pasaría, en este cuadro, a ser una especie de

arma de sometimiento y subyugación, con una mera apariencia de legitimidad. Esto explica que la reacción jurídica haya sido enérgica, en la medida de que efectivamente el desequilibrio comentado sirva para fijar condiciones injustas y desproporcionadas.

Para corregir lo indicado el derecho ha abierto camino a una serie de instituciones que, como el contrato dirigido, las condiciones generales de contratación supervisadas por organismos públicos, el contrato forzoso, la defensa de la libre competencia, el reconocimiento de los derechos del consumidor, el control administrativo de los entes que concurren al mercado, el abuso del derecho, la teoría de la imprevisión, etcétera, tienen por objeto principal corregir la grosera desigualdad en la capacidad de negociación e impedir que un contratante sufra una injusta limitación de su libertad.

Por ende, todas estas figuras, muchas de ellas de muy dudosa factura, están fundadas en la protección de la libertad individual de quienes contratan y no, como suele decirse, sólo en el afán de corregir la desigualdad de la capacidad negociadora de los que intervienen en la trama contractual. A fin de cuentas quien contrata, constreñido o presionado por factores externos que le imponen las condiciones en que debe operar, no está haciendo uso de la facultad de limitar **voluntariamente** su libertad, sino doblegándose a factores ajenos que no puede superar. En suma, el contrato se transforma en un elemento de dominación y sojuzgamiento.

2.3. El contrato como forma de organizar la libertad individual

La potestad de que está investida toda persona capaz de contratar tiene, además, como finalidad, la posibilidad de que cada cual **organice su libertad, asumiendo deberes de conducta descritos en el contrato o en la ley.** Ello es fruto de una multiplicidad de relaciones jurídicas, muchas constituidas por mera liberalidad o sin un contenido patrimonial relevante. Esta descripción peca de *"idealista"*, porque en la práctica las cosas se dan en términos muy diferentes. Un autor escribe sobre el particular:

"Según la doctrina del Estado providencia, corresponde a la autoridad estatal atender el bienestar de los miembros del cuerpo social y la satisfacción de sus necesidades, especialmente en el orden económico. Las voluntades de los sujetos de derecho no están en condiciones de satisfacer esas necesidades, no solo porque no pueden conseguir ese fin sino de un modo anárquico, sino porque es el más fuerte, social y económicamente, el que impone su voluntad al más débil. En estas circunstancias la doctrina del Estado providencia, que confía al Estado el cuidado de distribuir las riquezas, alcanza al proteccionismo social, en virtud del cual la libertad contractual es sólo un señuelo, debido a la desigualdad socioeconómica fundamental de los sujetos de derecho. En efecto,

si el Código Civil se basa en el principio de una igualdad jurídica de los sujetos de derecho, por cuanto a cada uno se le reconocen las mismas prerrogativas, lo cual manifiesta un cambio total en relación con el antiguo derecho francés, ya que la sociedad del antiguo régimen era esencialmente desigual, el legislador de comienzos del siglo XIX no realizó, sin embargo, una igualdad de hecho, es decir, en el orden socioeconómico, por oposición al orden jurídico. En verdad, si es fácil afirmar en la ley el principio de igualdad jurídica, lo que supone que a cada uno corresponde defender sus intereses frente a los demás, la igualdad socioeconómica exige una intervención mucho más a fondo de la ley, puesto que al legislador le corresponde hacer lo posible para que se reduzcan las desigualdades o se supriman. Así las cosas, ya no basta proclamar que los sujetos de derecho son iguales y dejar que su voluntad se exprese libremente, excepto para llenar las lagunas de la voluntad por medio de la ley supletoria, según la fórmula célebre 'entre el pobre y el rico, el débil y el fuerte, la libertad es la que oprime y la ley es la que libera'. Por consiguiente, corresponde a la ley imperativa prohibir al más fuerte que imponga su voluntad sobre el más débil, el cual no está en condiciones de defender sus intereses en la negociación del contrato, debido a su posición socioeconómica".[6]

La cita que trascribimos deja en evidencia que una cosa es el principio jurídico *(todos somos iguales ante la ley)*, y otra lo que podríamos denominar un principio socioeconómico *(todos somos diferentes ante la sociedad por nuestra capacidad intelectual, laboral, eficiencia y calidad del trabajo que realizamos)*. Pretender una igualdad socioeconómica impuesta en la ley, como obra magna del legislador, no sólo es una utopía, sino una pretensión antinatural ya fracasada en experiencias no lejanas.

2.4. Propuestas para superar el desequilibrio negocial

Cabe preguntarse, entonces, ¿de qué manera pueden superarse las limitaciones que presenta la contratación contemporánea? Hasta este momento sólo se ha obrado *"interviniendo el contrato"* por medio de la actividad represiva de la autoridad (defensa de la libre competencia, derechos del consumidor, dirigismo contractual, fijación de condiciones generales de contratación en materia de servicios públicos, etcétera). Este parece ser el mejor antídoto a lo que podría denominarse la contratación moderna. Aun más, podría anticiparse que esta tendencia se acentuará en el futuro inmediato, puesto que las facultades de los organismos públicos (como el Servicio Nacional del Consumidor en Chile), tienden a aumentar en desmedro de la libre contratación (sin perjuicio de los abusos que comienzan a evidenciarse, cuyos móviles escapan al análisis jurídico).

[6] Christian Larroumet. *Teoría General del Contrato*. Volumen I. Editorial Jurídica de Chile. Año 1993. Pág. 90.

No creemos que la política descrita sea la receta más adecuada, porque –al parecer– no se advierte que el debilitamiento jurídico del contrato implique una severa restricción a la libertad de los sujetos para "organizar" su vida social. El desafío –que no se advierte– consiste en evitar los abusos que puede generar un poder de negociación desproporcionado, pero sin que ello debilite la facultad de contratación y sus efectos.

Si se atiende a las características del mercado moderno (en el cual impera la contratación masiva, impersonal y de adhesión), se concluirá que la única solución para ajustar poderes tan manifiestamente desiguales –proveedor y consumidor– radica en la organización de estos últimos y la creación de factores de presión que, en este campo, resultan irresistibles. En la medida que los consumidores se encuentren orgánicamente desintegrados y protegidos por la autoridad sólo en aquellas áreas dispuestas en la ley, se mantendrá en lo sustancial el desequilibrio y con ello seguirá debilitándose el contrato y desapareciendo las ventajas descritas en lo precedente. Lo que corresponde, entonces, para resolver esta grave anomalía es promover la organización de todos los sectores que concurren al mercado y depositar en dichas organizaciones la tarea de equilibrar las fuerzas de negociación, todo ello dentro de un marco legal que evite excesos y abusos, pero no afecte el rol que juega el contrato en el mundo económico moderno. Por vía de ejemplo, el *"contrato de adhesión"*, que para la doctrina civil representa un retroceso y, en cierta medida, la negación de la dinámica contractual, es, no obstante, una herramienta sin la cual sería imposible el desarrollo de los centros comerciales masivos. El abastecimiento individual, organizado a gran escala, abarata los costos, permite el aprovechamiento de sinergias y posibilita una distribución eficiente y segura. Esta modalidad de comercialización, por desgracia, no puede implementarse sino por medio de los *contratos de adhesión*, excluyendo absolutamente el *contrato de libre discusión*. Si lo que señalamos es efectivo, no cabe otra posibilidad que alterar las modalidades del mercado y no los instrumentos de que éste se vale para funcionar.

No cabe duda que una masa de consumidores bien organizados, capaz de resistir la adquisición de ciertos productos y promover las condiciones en que se expenden otros, es el mejor antídoto para evitar abusos y distorsiones y corregirlos de raíz. Esta proposición choca frontalmente con una cierta tendencia anárquica de los chilenos, pero ello puede neutralizarse de varias maneras. Desde luego, promoviendo la organización de los consumidores; evitando desviacionismos de cualquier índole; extendiendo los beneficios que se logren; y, sobre todo, generando una atmósfera de confianza que excluya el recelo natural de quienes interactúan en el mercado. No menos importante es la extensión del provecho que todo consumidor debe advertir sobre el rol que cabe al contrato en la organización de la sociedad. Si nos hemos referido a los *contratos de adhesión o por adhesión*, es porque son éstos los que predo-

minan en mundo del comercio masivo, pero ello no implica desconocer que la cuestión abarca un espacio muchísimo mayor y que se presenta en todo el quehacer social.

Sin perjuicio de reconocer que esta materia excede largamente los fines de este trabajo, es bueno representar el hecho de que los dos factores fundamentales en la economía de la sociedad moderna –el mercado y la empresa– o no pueden funcionar o funcionan pobremente, en la medida que quienes intervienen en ellos (trabajadores y consumidores) actúen anárquicamente debilitando su poder negociador. No parece lógico promover la constitución de sindicatos y centrales laborales para negociar colectivamente, y no hacerlo respecto de los consumidores igualmente debilitados.

2.5. Contrato y derechos fundamentales

Si el contrato se concibe como un medio para organizar y planificar la libertad del imperado, limitándola en función de intereses preferentes, debemos representarnos las relaciones y vínculos del contrato con los derechos fundamentales que garantiza la Constitución Política de la República. Surge a este respecto una de las muchas aristas que han conducido al proceso de *"constitucionalización del derecho privado"*, cuyos efectos parecen extenderse permanentemente a la luz de las reformas legislativas aprobadas y que se discuten en la actualidad. Así, por ejemplo, el artículo 19 N° 21 de la Carta Política asegura a todas las personas la *libertad de emprender* ("derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen"). ¿Mediante un contrato pueden las partes limitar esta libertad e impedir que una de ellas (conducta negativa) desarrolle una determinada actividad? ¿Qué prevalece en este caso, el mandato constitucional que confiere el derecho o la restricción contenida en el contrato? Creemos que especial importancia cobra en esta cuestión lo que prescribe el N° 26 del artículo 19 precitado, tratándose de un problema hermenéutico. Aun cuando dicha norma está referida a la acción del legislador, no parece errado extenderla, con mayor razón, a los contratantes (si el legislador no puede afectar un derecho en su esencia, menos podría hacerse mediante un acuerdo de voluntades).

En síntesis, podemos afirmar que el contrato es el instrumento más eficiente para proyectar y organizar la vida social, enmarcándose en los límites permitidos por el sistema jurídico, como se señaló en lo precedente. En la misma medida que se restrinja y delimite el campo de regulación contractual o se impongan condiciones y requisitos para su celebración, se afecta la libertad individual y la posibilidad de que cada cual escoja el estatuto jurídico al cual someterá su conducta en la comunidad.

2.6. La integración del contrato

No podríamos cerrar este capítulo sin referirnos, aun cuando brevemente, a la ***integración*** del contrato, esto es, a su complementación cuando el referido estatuto, como sucede frecuentemente, no cubre todas las situaciones que pueden generarse en el desarrollo de la relación contractual. La dogmática jurídica suele confundir esta materia con la ***interpretación*** del contrato sin advertir que se trata de cuestiones muy diversas.

Para resolver este problema se han clasificado los contratos en dos grandes grupos: lo *innominados o atípicos* y los *nominados o típicos.*[7] Los primeros no se hallan reglamentados en la ley, en tanto los segundos sí se encuentran sujetos a regulación normativa de carácter supletorio. Puig Brutau acota, a este respecto: *"En nuestro Derecho y en todos los sistemas modernos, los particulares pueden perfeccionar toda clase de contratos, aunque no correspondan a los tipos contractuales previstos y regulados por la ley... Sin embargo, en parte subsiste la idea de que el Derecho contractual está constituido por una serie de figuras típicas, concretamente determinadas, lo que explica que se hable del problema de los contratos que no corresponden a un tipo conocido. En todo caso, la tipicidad no puede plantear ningún problema de obligatoriedad del contrato celebrado, sino de regulación de su contenido. La admisión de los contratos atípicos no ofrece ninguna duda en nuestro Derecho; pero, como advierte F. de CASTRO Y BRAVO, la cuestión importante es 'averiguar cuál haya de ser la regulación imperativa a la que tendría que someterse y las reglas de Derecho dispositivo que hayan de completar, en su caso, la regla negocial en sentido estricto' contenida en la declaración de voluntad".*[8] La importancia preponderante que asignamos a los *"contratos típicos"* radica, precisamente, en el hecho de que ellos, en nuestro sistema jurídico, atendido su carácter supletorio, permiten una fácil integración contractual. No cabe duda que el legislador previó la conveniencia de regular detalladamente ciertas convenciones y contratos, atendida su importancia y la frecuencia con que se celebran. Ello queda de manifiesto, por ejemplo, en lo relativo a la compraventa, puesto que basta que las partes convengan en el precio y la cosa para que el contrato quede perfecto (artículo 1801 del Código Civil), sin perjuicio de las excepciones contempladas en el inciso 2° de la norma invocada. Puig Brutau cita a Pérez y Alguer sobre esta materia: *"...los contratos atípicos, o sea, los no regulados en el Código Civil ni en otra ley, deben juzgarse por analogía de los tipos contractuales más afines, por los principios generales del Derecho, que dan un amplio margen al arbitrio judicial... a estos criterios* sólo debe recurrirse

[7] Preferimos la expresión "contratos típicos" y "contratos atípicos", por cuanto lo nominado o innominado tiene un alcance menor y apunta a si el contrato está mencionado o referido en el ordenamiento y no a si está reglamentado en él.

[8] José Puig Brutau. *Fundamentos de Derecho Civil.* Tomo II. Volumen I. Tercera Edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. Año 1988. Pág. 405. La referencia hecha por el autor citado se refiere a Federico de Castro, *El negocio jurídico.* Madrid, 1967. Pág. 205.

allí donde no alcance como pauta para la determinación del contenido del contrato la interpretación de la voluntad de las partes".[9]

No es fácil, como se constata, fijar con precisión cuáles son los elementos a que debe recurrirse para integrar el estatuto contractual cuando las partes no han previsto con minuciosidad los efectos, consecuencias y las diversas situaciones que pueden llegar a producirse. Creemos nosotros que en este caso debe recurrirse, en primer lugar, a la **voluntad de las partes** (aquí se topa la *"interpretación"* con la *"integración"* del estatuto contractual, ya que una determina el alcance de la otra); en segundo lugar, a las **normas supletorias contenidas en los contratos típicos afines;** y, en tercer lugar, a los **principios generales de derecho.** Nótese que en este último elemento se recurre al sistema jurídico en su totalidad, ya que los principios aludidos son extraídos mediante un razonamiento inductivo que comprende, preponderantemente, todo lo concerniente al derecho contractual.

Creemos que la solución propuesta es la que mejor se aviene con nuestro sistema jurídico, ya que se da mayor significación a la voluntad (que transformada en consentimiento es la fuerza motriz que genera el contrato); en su defecto, a las normas que reglamentan contratos típicos afines (análogos) que partes han debido conocer previamente (presunción de conocimiento de la ley); y, finalmente, a la aplicación como un todo del ordenamiento jurídico (en donde se expresan los grandes lineamientos del sistema normativo).

En relación a la integración contractual se desnuda una diferencia importante entre el derecho romano continental y el derecho anglosajón. K. N. Llewllyn señala, a este respecto, que: *"La contraposición entre contratos innominados y nominados no se limita a ser un recuerdo histórico sino que una auténtica fuerza que impera en las pugnas de intereses. La distinta manera de suplir la voluntad deficientemente expresada de las partes contratantes también es un problema influido por la distinción entre las dos expresadas clases de contratos, pues los Códigos romanizados de Europa pueden contener normas supletorias de dicha voluntad agrupadas en torno a cada una de las figuras contractuales típicas, en tanto el Derecho anglosajón recurre a una interpretación constructiva o integradora de la voluntad de las partes".*[10]

No está de más agregar que gran parte de los conflictos a que da lugar el derecho contractual se refiere a problemas de integración del estatuto acordado, porque, como es natural, es difícil prever todas las situaciones que pueden presentarse.

[9] Esta cita corresponde a Pérez González y Alguer y está contenida en la obra de José Puig Brutau a que se alude en la nota precedente, página 411.
[10] La cita de K. N. Llewellyn se encuentra contenida en la obra de José Puig Brutau (nota 7). Pág.35.

3. Sobre la creación, circulación y distribución de bienes

Cabe al contrato un papel preponderante en lo que concierne a la creación, circulación y distribución de los bienes entre los diversos miembros de la comunidad social. La creación de la riqueza en la economía moderna está indisolublemente ligada a las instituciones jurídicas y, particularmente, al contrato. Lo propio ocurre con la creación, funcionamiento y destino de los *"entes ficticios o personas jurídicas"*, que han permitido enriquecer el intercambio de los bienes incrementando el tráfico jurídico y con ello la productividad. No olvidemos que el motor del *"capitalismo democrático"* fue la sociedad anónima, gracias a la cual pudo aumentar explosivamente la concentración de capitales productivos.

Tanto el dominio de los bienes (uso, goce y disposición), la posesión y la mera tenencia de los mismos, están, en parte sustancial, regulados por el contrato, sirviendo como título para legitimar la respectiva situación intersubjetiva. La circulación y distribución de los bienes resultaría inconcebible sin considerar la función que en ello cabe al contrato. No puede soslayarse, tampoco, el hecho de que por medio del contrato son los particulares los que, conforme al derecho común, resuelven sobre la libre circulación de los bienes. Sin perjuicio de normas excepcionales, las entidades de derecho público deben ajustarse, en todo aquello que no sea objeto de reglamentación especial, a lo que sobre el contrato, su perfeccionamiento, sus efectos y extinción dispone el derecho común aplicable. No existe un estatuto contractual especial para la Administración, como más de alguien lo ha pretendido, ni puede eludirse la aplicación de las normas generales que rigen esta materia en ausencia de normas especiales. A las dos características indicadas debe agregarse, aún, el hecho de que la *"libre circulación de los bienes"* conforma un *"principio general de derecho"*, ligado en forma irremediable a la riqueza de las naciones. Así lo entendió Andrés Bello, que, invariablemente, sancionó todo acto que interfiriera o entrabara indebida o arbitrariamente las facultades de las personas para disponer de los bienes que integran su patrimonio. Ahora bien, cabe preguntarse cómo explicar jurídicamente el nexo que se evidencia entre contrato, por una parte, y circulación y distribución de bienes, por la otra.

3.1. Contrato y causa

Comencemos por reconocer que entre los elementos de existencia y de validez de un acto jurídico debe considerarse la *"causa"*, definida en el artículo 1467 del Código Civil como *"el motivo que induce al acto o contrato"*. Se trata, entonces, del impulso que mueve a las partes a expresar su voluntad y contratar. Como es sabido, no existe en la doctrina una concepción unánime del contenido y alcance de este elemento, puesto que es diverso su significado si adherimos a la llamada *"causa eficiente"* (fuente de la cual emana), *"causa final"* (noción de carácter jurídico e idéntica en todos los contratos de la misma especie),

o *"causa ocasional"* (impuso sicológico que mueve a contratar). Peor aún, se discute si la causa, definida en el Código de Bello, se refiere al *"acto y contrato"* o a la *"obligación"*, puesto que ambos requieren un móvil en su proceso de creación. Pero, como quiera que sea, la causa, en tanto impulso para contratar, proporciona una razón que revela por qué y para qué se contrata.

Un autor, ya tradicional, explica esta materia siguiendo a Domat, en los siguientes términos: *"las personas pueden estar relacionadas por servicios de ellas o de uso de ciertas cosas y estas relaciones cristalizan en cuatro especies de convenciones. Hay casos en que los individuos se dan recíprocamente cosa por cosa, como sucede en la venta y en la permuta, o se prestan mutuamente algún servicio, como ocurre al encargarse cada uno de los asuntos del otro. Este servicio puede prestarse también por una remuneración, como en el arrendamiento de servicios, o suceder por último que sólo una de las partes dé o haga, sin contraprestación alguna, como sucede en el desempeño gratuito de negocios ajenos, o en las donaciones por pura liberalidad. En las tres primeras especie se trata de un comercio en el que nada es gratuito y la 'obligación de uno es el fundamento de la del otro'. Y aun en las convenciones en que uno solo aparece obligado, como en el préstamo, la obligación del deudor ha nacido en razón de la obligación del acreedor de entregar la cosa prestada. La obligación de uno tiene su* ***causa*** *en la del otro. Si el acto es gratuito, el solo deseo de donar, de hacer el bien, 'toma el lugar de la causa'".*[11] El autor citado concluye lo que precisamente interesa destacar en la conceptualización del contrato, a fin de demostrar que es el medio más utilizado para los efectos de la disposición, circulación y distribución de los bienes: *"De lo expuesto aparece que Domat trata de explicar que la forma no tiene valor en sí, como originalmente aceptaron los romanos, si no hay un contenido en el contrato,* ***una causa****, que consiste en haber recibido, recibir o esperar recibir una contraprestación, o en el solo propósito de hacer el bien. Esta '****causa****' no viene a ser otra cosa, entonces, que el contenido de cada contrato; éste surge y es válido cuando las obligaciones que crea tienen una justificación, una causa, lo que aparece muy claro en los contratos onerosos, en oposición a los gratuitos, en que la mera liberalidad '****toma el lugar de causa****'".*[12]

De la manera señalada, el contrato aparece íntima e indisolublemente vinculado a la distribución y circulación de los bienes, entendiendo como *"bien"*, además, la *"mera liberalidad"* que representa un impulso generoso que, sin duda, conlleva un beneficio de diversa índole que es, precisamente, lo que persigue la parte que se grava sin provecho patrimonial.

Por consiguiente, un contrato vacío, ajeno absolutamente a la distribución y circulación de los bienes (en su sentido más amplio), no tiene carácter de tal y

[11] Avelino León Hurtado. *La causa*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1961. Página 22. El autor en el párrafo transcrito cita la opinión de Domat en *Les lois civiles*. Libro I. Tít. ¡, Secc. 1ª, N°s 4 y siguientes.
[12] Avelino León Hurtado. Obra citada. Página 22.

no constituye más que una declaración lírica, formal, sin consecuencias en el derecho. Lo que afirmamos implica reconocer que los bienes (comprendidos en la disposición contractual) constituyen un elemento esencial del contrato, puesto que en su ausencia no podría éste existir. En el supuesto que el contrato esté referido a obligaciones de hacer o de no hacer (un hecho positivo o negativo del hombre), dicha conducta debe concebirse en función de bienes, los cuales, por cierto, pueden ser de la más diversa naturaleza y especie. Así, un contrato de mandato para encargarse de la gestión de negocios ajenos lleva implícita la existencia de los bienes gestionables, sea que se trate de todos los bienes incorporados al patrimonio del mandante o sólo de una parte de ellos. Esta materia se oscurece considerablemente como consecuencia de que en muchos casos se denomina contrato a instituciones que no tiene esta condición. Tal ocurre, por ejemplo, con el matrimonio, antiguamente con la adopción, los esponsales o la regulación de otras relaciones de familia. La importancia del contrato, por ende, sirve para encubrir instituciones que tienen su propia fisonomía y que, en derecho estricto, no tienen tal carácter.

Para dar mayor extensión y significación al contrato, la ley ha previsto un proceso formativo del mismo, que comienza con las llamadas tratativas preliminares y culmina con su celebración (perfeccionamiento). En todos los capítulos de este proceso gravitan los bienes, a tal extremo que de la naturaleza de los mismos depende, en muchos casos, la forma en que debe expresarse la voluntad para que ella forme consentimiento (así, tratándose de bienes raíces, por lo general, el contrato se perfecciona mediante una solemnidad, atendido el hecho de que este tipo de bienes fue, a los ojos del autor del Código Civil, el que mejor representaba la riqueza). Incluso más, en ciertos contratos (reales) la entrega o tradición de la cosa (bien) determina la forma de expresar la voluntad (el elemento más importante en la teoría del contrato). Del mismo modo, el *consensualismo*, regla general en materia de perfeccionamiento de los contratos, facilita su celebración, puesto que ella se consuma por el solo hecho de que exista concurso real de voluntades (consentimiento).

3.2. El contrato como composición de intereses opuestos

Con razón Messineo, a propósito de la importancia del contrato en la vida económica, ha escrito: *"El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, ejerce una función y tiene un contenido constante; el ser el centro de la vida de los negocios, el* ***instrumento práctico*** *que realiza las más* ***variadas finalidades de la vida económica*** *que impliquen la* ***composición de intereses esencialmente opuestos,*** *o por lo menos* ***no coincidentes.*** *Dichos intereses, por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva, en el conjunto, un incremento de utilidad, de la que participan en varias medidas cada uno de los contratantes, mientras que indirectamente se beneficia también la sociedad".* Más adelante, el mismo autor agrega sobre la

importancia del contrato como hecho económico: *"De estos resulta que, como tal, el contrato lleva la vida económica y también la vida del derecho; el contrato llega a ser, por lo tanto, una* ***institución jurídica;*** *la institución más conocida y familiar de los profanos. Los cuales se sirven de él continuamente, a menudo aun sin tener conocimiento alguno de él y sin preocuparse por conocer su esencia y su disciplina, sin que esto sea, por lo demás, un inconveniente, ya que ella provee el ordenamiento jurídico".*[13]

No es el contrato, por cierto, el único instrumento destinado a la distribución y circulación de los bienes, pero, sin duda, es el más importante. Podría sostenerse que la ley y el contrato (y este último en mayor medida) son los instrumentos que determinan en cada comunidad de qué manera se distribuyen los bienes. El primero proviene del ejercicio de la *"potestad legislativa"*; el segundo, de la *"autonomía privada"*. La distribución que realizan los particulares, si bien deriva de una potestad que les asiste y les está garantizada, debe ceñirse a los requisitos y exigencias impuestos en la ley, puesto que ella (como todas las otras potestades) es reglada y sólo puede ejercerse respetando el marco prefijado por las normas legales.

Dos fenómenos surgen de lo señalado.

En primer lugar, la ley sólo por excepción entra en el terreno de valorizar las prestaciones que dispone el contrato. Los casos de *"lesión enorme"* requieren de un texto legal expreso y operan en ámbitos restringidos.[14] Lo propio podría decirse de las teorías destinadas a la revisión de los contratos por desigualdad sobreviniente del valor de las prestaciones convenidas (*"teoría de la imprevisión"*). Lo anterior implica, entonces, que se dejan a los particulares las más amplias facultades para los efectos de determinar la valorización de las prestaciones acordadas, dando así consistencia y sentido a la libertad contractual. El *dirigismo contractual,* tendencia acuñada para restringir el área en que los particulares organizan patrimonialmente su libertad, es limitado, aun cuando constituya la regla general en materia de servicios públicos como consecuencia del monopolio natural que representa la prestación de estas actividades. Dicho más claramente, el contrato dirigido tiene por objetivo esencial la protección de los intereses de los usuarios, obligados a someterse a la voluntad de los empresarios titulares de una concesión pública.

13 Francesco Messineo. *Doctrina General del Contrato.* Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Año 1986. Pág. 34.

14 Los casos de "lesión enorme" en nuestro derecho se reducen a la compraventa de bienes raíces (artículo 1888 del Código Civil); a la aceptación de una asignación hereditaria (artículo 1234 del Código Civil); a la partición de bienes (artículo 1348 del Código Civil), a la cláusula penal (artículo 1544 del Código Civil); y al discutible caso de los intereses superiores a los que son permitidos estipular (artículo 8 de la Ley N°18.010). En los demás casos quedan los contratantes habilitados para convenir los valores que estimen convenientes a sus intereses.

En segundo lugar, la distribución de bienes que dispone la ley tiene fundamentos diametralmente distintos a la distribución que se hace contractualmente. Mientras el legislador se funda en la *"justicia distributiva"* (en la concepción aristotélica), los particulares se fundan en la *"justicia conmutativa"*. El límite entre una y otra es consecuencia de una decisión política, propia de las ideologías que gravitan en la comunidad. Como se adelantó en lo precedente, en la medida que la distribución legal se extiende, se va limitando la distribución contractual y viceversa. No cabe duda, entonces, que en un régimen estatista predominará la distribución legal y, a la inversa, en un régimen de economía liberal, la distribución contractual.

Contrastan en esta materia, como puede constatarse, dos instrumentos de muy diversa índole: el contrato y la ley, aun cuando el primero esté subordinado al segundo en el proceso de elaboración, perfeccionamiento, efectos y extinción. No puede ignorarse, tampoco, el hecho de que la distribución legal importa un mandato general que cubre a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, en tanto la distribución contractual opera caso a caso, su influencia es considerablemente menor y, de la manera indicada, se va tejiendo una red compuesta de una infinidad de relaciones individuales.

En cierta medida el *"contenido"* del contrato, respecto de los bienes que en éste se comprenden, está relacionado con la garantía constitucional del artículo 19 N° 23, conforme a la cual *"La Constitución asegura a todas las personas: 23°. La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes"*. A esta garantía debe agregarse la del N° 26 de mismo artículo, ya comentada, que impide la imposición de condiciones, tributos o requisitos que afecten los derechos en su esencia. Decimos que esta garantía, en medida nada despreciable, sustenta la importancia del contrato, puesto que es éste la causa o medio principal para la adquisición de la propiedad.

3.3. Proyección del contrato a otras ramas del derecho

La estructura del contrato, sus requisitos y sus efectos se proyectan a todas las ramas del derecho, incluso al derecho público con sus propias especificidades, pero sin representar una sustitución o reemplazo de estas instituciones. Vaya, entonces, si el contrato es muchísimo más que lo prescrito en el artículo 1438 del Código Civil. Si bien él forma parte del género *"convención"*, limitado en la especie a la creación de derechos y obligaciones, el titular de aquéllos adquiere su propiedad, puesto que el artículo 19 N° 24 de la Carta Política garantiza a todas las personas *"El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda*

clase de bienes corporales e incorporales". Si las cosas incorporales en nuestro sistema jurídico son *"derechos reales y personales"* (artículo 576 del Código Civil) y estos últimos *"son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas..."* (artículo 578 del mismo Código), ello significa que el titular de los derechos nacidos del contrato es paralelamente propietario de los mismos, de manera que ninguna ley puede afectarlo, salvo en aquellos casos especialmente previstos en la misma Constitución.

En síntesis, como puede observarse, el contrato es una de las instituciones fundamentales en nuestro derecho, resguardado en sus efectos por los medios más idóneos, destinado esencialmente a la creación, distribución y circulación de los bienes, y el instrumento más adecuado para ejercer la *"autonomía privada"* (potestad regulatoria). Como es natural, un instrumento de esta especie, que se identifica con una cierta filosofía política, está expuesto a sufrir críticas y limitaciones. Las restricciones al contractualismo son, desde esta perspectiva, recursos destinados a corregir las insuficiencias que se siguen del desequilibrio negocial, lo cual hace suponer que, en la medida que éste se vaya corrigiendo, paralelamente se irá ampliando el campo del contrato. En la vida moderna, gracias especialmente a los adelantos tecnológicos, comienzan a evidenciarse nueva formas de contratar, por completo diversas de aquellas que inspiraron la reglamentación jurídica que nos rige hasta hoy. La mayor parte de estas renovadas manifestaciones jurídicas se han incorporado al sistema normativo a través de leyes especiales. Este hecho ha provocado un proceso de *"descodificación"* que deberá encararse, tarde o temprano, en provecho de la ciencia jurídica. Sin perjuicio de lo anterior, los principios generales que inspiran el derecho contractual permanecen intactos. Por lo tanto, las innovaciones que destacamos han provocado un doble efecto: de adaptación a las nuevas formas de contratación; y de relegitimación ante la adhesión de que han sido objeto. El fenómeno que describimos demuestra la capacidad del derecho común para interpretar y calibrar una nueva realidad científica tecnológica.

4. Expansión interna del poder vinculante del contrato

Uno de los aspectos menos tratados en la teoría del contrato radica en la expansión que opera en su interior respecto de quienes intervienen en él. Dicho en otras palabras, el contrato da lugar a una *relación jurídica* que se desata al momento de cumplirse una hipótesis relacional (en este caso la celebración del contrato), y que se resuelve confiriendo a una de las partes (sujeto activo o acreedor) una facultad o derecho subjetivo, y a la otra (sujeto pasivo o deudor) imponiéndole una obligación. Así las cosas, se miran los efectos del contrato como si deudor y acreedor se mantuvieran en trincheras opuestas, sin la menor interdependencia entre ambos (salvo la subordinación o sometimiento del deudor al acreedor). Probablemente sea esta visión la que ha

alimentado las mayores críticas hacia el concepto, alcance y naturaleza del derecho subjetivo.

4.1. Función interdependiente en el contrato

Las cosas, sin embargo, no se dan de la manera indicada, por cuanto entre las partes existe una función interdependiente que se expresa en posiciones de necesaria colaboración para lograr la realización de la prestación proyectada. Para comprender esta materia es necesario recordar que la obligación es *"un deber de conducta típica"*, vale decir, un deber descrito en el contrato o en la ley en subsidio. Por su intermedio se fija el deber de diligencia y cuidado que debe emplearse, **tanto por el deudor como por el acreedor.** Lo que llamamos *"prestación"* no es más que el objetivo o fin que se proyecta alcanzar (lo que se trata de dar, hacer o no hacer) mediante el deber de conducta asumido. Lo medular de la obligación no es la *"prestación"*, sino el *"deber de conducta"* descrito, puesto que es éste el medio para logar aquélla. Por lo mismo, puede cumplirse la obligación sin alcanzarse la *"prestación"*, pero la realización de esta última constituye sin más el cumplimiento de la obligación. Lo señalado queda de manifiesto con la sola lectura del artículo 1547 del Código Civil.

El acreedor está obligado a **colaborar** con el deudor para lograr la *"prestación"*, lo que se expresa, en primer lugar, en el deber de no obstruir o entorpecer la actividad del obligado y, en ciertos casos, a contribuir activamente con éste para conseguir lo que se ha programado y se quiere alcanzar. El acreedor no es un tercero ajeno a la relación contractual, puesto que forma parte de la misma. Por lo tanto, está estrechamente comprometido con su suerte. Tampoco es posible independizar a las partes como si no estuvieran involucradas en la interdependencia de la relación. Desde este punto de vista, el deudor y el acreedor deben comportarse de manera coherente en función de la *"prestación"* definida en el contrato, lo cual importa la ejecución de conductas que se implican y no se contradicen. La doctrina tradicional estudia este tema bajo la premisa de la *"mora del acreedor"*, lo que, a nuestro juicio, resulta claramente insuficiente. Los efectos de esta figura no permiten medir el deber de conducta que corresponde al sujeto activo de la relación, sólo algunas de sus consecuencias (en relación a la atenuación de la culpa del deudor, a la responsabilidad por costos propios del retardo, o a la pérdida de la cosa que se debe).

Los juristas han construido una teoría general sobre la *mora del acreedor* fundada en los artículos 1548, 1680 y 1827 del Código Civil, la cual, a nuestro juicio, es manifiestamente insuficiente.[15] Lo que interesa es describir y precisar

[15] A esta materia –la mora del acreedor o mora *accipiendi*– dedicamos un extenso análisis en nuestro libro sobre la *Responsabilidad Contractual*. Editorial Jurídica de Chile. Año 2003. Páginas 199 y siguientes. En lo sustancial nos remite a las definiciones, efectos y contenidos de la llamada mora del acreedor.

la conducta exigible al acreedor en el desarrollo de la relación jurídica que desencadena el contrato (hipótesis relacional), lo cual no se consigue con el planeamiento tradicional.

La teoría a la cual aludimos afirma que en el evento de que el acreedor incumpla los deberes que le corresponden, genera tres efectos esenciales: a) deberá reparar todos los perjuicios que se causen siempre que ellos sean consecuencia directa y necesaria de su incumplimiento; b) descargará el grado de diligencia de que responde el deudor, limitándola a la culpa grave y el dolo; y c) exonerará al deudor de responsabilidad por la mora (artículo 1552).

Si bien es cierto que no existe una disposición expresa sobre los efectos que mencionamos, ellos se desprenden con claridad de las disposiciones invocadas. Particularmente importante resulta lo previsto en el artículo 1680 del Código Civil, según el cual: *"La destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste de recibirla, no hace responsable al deudor sino de culpa grave o dolo"*. Lo propio afirma en el artículo 1827 a propósito de las obligaciones del vendedor. Si relacionamos estas normas con el artículo 1548 del mismo Código (que impone al deudor de una especie o cuerpo cierto, tratándose de una obligación de dar, el deber de conservarlo hasta la entrega), y con el artículo 1549 (que ordena emplear en su custodia el *"debido cuidado")*, se llegará a la conclusión de que a partir de la *mora del acreedor*, el deudor puede obrar con el cuidado mínimo que tolera la ley (se responde de culpa grave y dolo); y el acreedor con el cuidado máximo (responde de culpa levísima). Por ende, la *mora del acreedor* opera desde una doble perspectiva: alivia la situación del deudor y agrava la del acreedor. Por consiguiente, al primero le bastará con aplicar aquella diligencia que las personas negligentes y de poca prudencia emplean en la gestión de los negocios ajenos; y el segundo deberá actuar con la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

En suma, el acreedor responderá de cualquier acto obstructivo que sea ejecutado faltando a la suma diligencia en el manejo de los negocios propios (culpa levísima); y el deudor no responderá sino cuando su incumplimiento represente una manifestación extrema de negligencia y poca prudencia referida al manejo de los negocios ajenos.

Como puede apreciarse, la teoría jurídica tradicional no ha precisado la relación que existe entre la culpa de que responde el deudor y la culpa de que responde el acreedor, el uno respecto del cumplimiento de la obligación y el otro respecto del deber de no obstruir la conducta estipulada. Falta a este respecto una visión más amplia de lo que hemos llamado interdependencia del contrato, ya que hemos atendido a la situación del sujeto pasivo u obligado, sin reparar suficientemente en la situación que corresponde al sujeto activo o pretensor.

Nótese, además, que por disposición de la ley, la obligación experimenta una alteración sustancial en lo que dice relación con el deber de conducta debida.

4.2. Grados de culpa del acreedor

Si lo señalado es efectivo, ello implica que es necesario precisar, con el mismo rigor con que se determina el grado de culpa de que responde el deudor, el grado de culpa de que responde el acreedor (obligación de no obstruir lo obrado por el deudor para lograr la *"prestación")*.[16] Asimismo, determinar en qué casos debe el acreedor cooperar activamente con el deudor, abandonando su posición pasiva y adoptando una conducta activa.

Respecto de lo primero, sostenemos que la solución está dada por el mismo artículo 1547 del Código Civil (que dispone de qué grado de culpa responde el deudor cuando ello no está estipulado por las partes en el contrato mismo). La respuesta, si ello no está resuelto en el contrato, consiste en invertir los términos de la indicada disposición, de manera que el acreedor responderá de *culpa levísima* en aquellos casos en que el deudor responde de culpa lata (lo que resulta perfectamente coherente, puesto que cualquier obstáculo que ponga el acreedor al deudor permitirá a este último exonerarse de responsabilidad); de *culpa leve* cuando ambos responden del mismo grado de culpa (lo que resulta igualmente coherente, ya que ambos reportan beneficios recíprocos con ocasión del contrato); y de *culpa grave* toda vez que el deudor responda de culpa levísima (lo anterior ya que por obstructivo que sea el comportamiento del acreedor su contraparte deberá superarlo).

Por consiguiente, la solución se desprende de lo preceptuado en el Código Civil, lo cual no es extraño, ya que la relación entre beneficio y culpa (del deudor y del acreedor) se implican y complementan. No cuesta mucho advertir que la fórmula empleada se construye sobre la base del beneficio que para cada contratante reporta la relación jurídica. Nótese que a mayor cuidado impuesto a una parte, es menor el cuidado impuesto a la otra y viceversa, lo cual, a nuestro juicio, corresponde a la posición que a cada una de ellas se asigna en la ley. Un ejemplo aclarara aun más nuestro planteamiento. Si el comodatario responde de culpa levísima, porque el beneficio corresponde íntegramente a él, el comodante responderá de culpa grave. Lo anterior implica que puede este último, sin incurrir en responsabilidad, poner trabas, obstáculos o dificultades al comodatario, debiendo éste despejarlas aun cuando ellas provengan de actos negligentes y de poca prudencia (inciso 1° del artículo 44 del Código Civil). Fue equitativo el autor del Código al incorporar estas disposiciones, ya

[16] Hay que tener en consideración que del grado de culpa de que se responde puede deducirse el nivel de diligencia y cuidado que es exigible a cada contratante. Por lo mismo, la culpa mide tanto la diligencia como la negligencia en sus diversos grados.

que unió el beneficio que cada parte obtiene en el contrato con el cuidado y la diligencia de que es responsable.

4.3. Deber de cooperación del acreedor

La otra cuestión planteada es más compleja. Se trata de precisar cuándo debe el acreedor cooperar o ejecutar actos positivos que faciliten el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. En otras palabras, cuándo el acreedor está afecto a un deber de conducta activa. A nuestro juicio, ello sucede en varias hipótesis, lo cual demuestra la riqueza que encierra la figura del contrato. Sobre este particular podemos mencionar los siguientes casos:

a. Cuando en el contrato se ha convenido que para su cumplimiento se requiere de una acción positiva del acreedor. Tal ocurrirá si éste se obliga a entregar ciertos antecedentes, información o bien a facilitar contactos indispensables para ejecutar la *"prestación"*. No es infrecuente que lo estipulado sólo pueda ejecutarse contando con el concurso del acreedor, sin el cual el deudor queda impedido de desplegar la conducta debida. Así, por vía de ejemplo, si la obligación asumida dice relación con la ejecución de una obra material, comprometiéndose el acreedor a tramitar el permiso de construcción, la situación del deudor queda subordinada a la actividad de su contraparte. Lo mismo ocurre si un pintor, para retratar al acreedor, estipula que éste debe posar durante varias sesiones. Si se resiste a hacerlo, no podrá ejecutarse la obra. Nótese que en el caso propuesto fluye claramente la importancia de precisar la diligencia y cuidado que debe emplear el acreedor (deducida a propósito de la culpa de que responde). Ello porque al proporcionar el antecedente u observar la conducta acordada puede comportarse de diversas maneras (con extrema diligencia, con diligencia media o con mínima diligencia), lo cual, para efectos de la responsabilidad, dependerá de la culpa que le sea imputable. En la situación descrita existe un acuerdo que impone al acreedor una colaboración activa, pero en su propio beneficio, puesto que sin ella no se logrará la *"prestación"*.

b. Cuando la conducta activa del acreedor puede desprenderse de la naturaleza misma de la obligación. Tal sucederá si el deudor se obliga, por ejemplo, a pagar una deuda del acreedor o realizar un aporte a su nombre, pero éste no especifica la persona a quien deba hacerse válidamente la prestación. La individualización del tercero pasa a constituir un elemento esencial para desplegar el comportamiento que se debe.

c. Cuando para el cumplimiento de la obligación deba necesariamente contarse con la intervención activa del acreedor, atendida la circunstancia que éste es el único capaz de remover un obstáculo que impide la ejecución de la conducta debida. Tal ocurrirá si debiendo entregarse una especie o cuerpo cierto en un

lugar determinado, al cual tiene acceso exclusivamente el acreedor, éste niega su ingreso al deudor.

d. Cuando la participación del acreedor alivia sustancialmente el gravamen que impone la obligación del deudor. Este supuesto se presentará, por ejemplo, si debiendo darse una cierta cantidad de un género determinado al acreedor, este último tiene la posibilidad de obtenerlo en condiciones manifiestamente ventajosas para el deudor. Así, por ejemplo, si el acreedor pertenece a una organización que expende el género adeudado con rebajas significativas, deberá el acreedor allanarse a cooperar con el obligado a fin de aliviar el gravamen que le afecta. Creemos que en tal situación y siempre que dependa exclusivamente del acreedor aliviar el gravamen que pesa sobre el deudor, no puede este último negarse a cooperar. En esta materia se abre camino en el derecho la consagración del principio de *"solidaridad contractual"*, conforme al cual, sin afectarse los legítimos intereses de las partes, debe siempre primar el menor costo relativo para el obligado.

e. Cuando del cumplimiento se sigue un beneficio efectivo para el deudor, cuya obtención depende del acreedor. Lo señalado es frecuente si el pago, en provecho del deudor, por ejemplo, debe constar por escritura pública, o la anotación que no se elimina de un registro o banco de datos personales importa un perjuicio para el deudor.[17]

Estas y otras hipótesis posibles revelan que el acreedor no puede restarse en muchos casos a cooperar con el deudor, sea para hacer posible el cumplimiento de la obligación, o aliviar el gravamen que representa la misma, o acceder a beneficios que no importan una lesión para sus intereses. Algunos de los casos propuestos pueden resultar discutibles para quienes reclaman una especie de autonomía absoluta del pretensor respecto del obligado. No es esta nuestra posición, puesto que admitimos que existe una cada vez más estrecha interdependencia entre quienes intervienen en el contrato.

La expansión interna del poder vinculante del contrato (que liga activa y pasivamente a quienes participan en él) permite definirlo diciendo que es una *"convención destinada a crear derechos en el marco de una correlación de deberes (obligaciones) recíprocamente condicionados"*. En este marco es posible acentuar la existencia de deberes recíprocos de diversa intensidad que se complementan tanto activa como pasivamente.

[17] Esta última materia ha dado lugar a numerosos juicios en los últimos meses respecto de la eliminación de los deudores morosos de los registros del llamado DICOM (Boletín de Informaciones Comerciales de la Cámara de Comercio de Santiago). A tal punto ha llegado la preocupación pública sobre esta cuestión que, en el día de hoy, es la ley la que dispone en qué casos deben eliminarse los datos relativos a la solvencia de los consumidores (Ley N° 20.575 que modifica la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada). Creemos que el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) ha hecho un mal uso de las normas que regulan esta situación, promoviendo una serie de juicios (de interés colectivo y difuso) que, a corto o largo plazo, acarreará graves dificultades en el comercio establecido.

La teoría general del contrato, a juicio nuestro, no ha puésto el énfasis necesario en esta característica, divorciando la conducta de las partes sin proyectarlas en un terreno común.

Particularmente interesante nos resulta lo que señalan Ludwig Enneccerus y Hans Carl Nipperdey sobre "Responsabilidad por intromisiones injustificadas en derechos ajenos y tras causas de responsabilidad". Sobre este particular escriben: *"A veces se permite una intromisión en los derechos ajenos por razón de un interés privado o público de mayor importancia. Pero semejante intromisión solo puede tener lugar* ***contra indemnización****, cosa que, si bien no es de un modo general, está reconocida en casos tan numerosos, que tiende a aceptarse como regla allí donde no haya causas especiales que excluyan la responsabilidad. Por razón de intereses privados se permiten esas intromisiones en cierto número de casos... Pero son mucho más numerosas e importantes las intromisiones en los derechos ajenos, que se permiten por razones de bien público...".* Se enumeran, a continuación, ocho casos en que es posible y lícita la intromisión de un tercero.[18]

Cabe preguntarse, entonces, partiendo del supuesto de que es lícita la intromisión de un tercero en una relación jurídica ajena, sobre la base de resguardar los intereses privados y públicos, cómo no va a ser igualmente lícita tratándose de las partes que intervienen en el contrato respecto del deber de colaboración recíproca para alcanzar la ejecución de la *"prestación"*. Adviértase, en todo caso, que no se trata en la especie de la intromisión de un tercero en una relación contractual ajena, sino de la extensión de los deberes que corresponden a una de las partes para hacer posible la ejecución de las obligaciones creadas. Sin perjuicio de lo manifestado, la cita que antecede servirá también para analizar la expansión externa del poder vinculante del contrato.

4.4. Obstrucción activa del acreedor

Párrafo especial merece el caso –no siempre extravagante– de que el acreedor contrate con el propósito de que su deudor incumpla lo estipulado. Esta figura se da casi siempre en función de un aprovechamiento ligado a la existencia de una caución o del desmejoramiento de la posición de un competidor en el mercado o persona con intereses contrapuestos.[19] El problema que planteamos ofrece

[18] Ludwig Enncecerus y Hans Carl Nipperdey. *Tratado de Derecho Civil.* Parte General. Tomo I. Parte General. Segunda Parte. Volumen Segundo. Bosch Casa Editorial, S.A. Barcelona. Año 1981. Pág. 932.

[19] Recuérdese, como caso emblemático, lo ocurrido con la Financiera Eurolatina. Según se ha informado profusamente, esta empresa concedía generosos créditos a personas modestas, de escasos recursos, que eran garantizados mediante la constitución de una hipoteca. En gran parte de los casos, el incumplimiento planificado por el acreedor redundaba en un juicio ejecutivo, que permitía a la misma empresa adquirir el inmueble en condiciones ventajosas. De esta manera, la utilidad proyectada se obtenía haciendo efectiva la caución como consecuencia del incumplimiento del contrato de mutuo (operación del crédito). Lamentablemente, ni los jueces ni los abogados abordaron el problema desde el punto de vista civil, desviando el problema a la arista penal.

una serie de dificultades que se centran, a nuestro parecer, en el escaso avance del derecho contractual. En otras publicaciones hemos sostenido que cuando el deber de conducta estipulado no es suficiente para alcanzar la ejecución de la *"prestación"*, existe lo que llamamos *"error de contratación"*, puesto que el medio escogido (obligación) es inidóneo para lograr el fin que se proponen las partes. En el presente caso esta definición no resulta aplicable, ya que se contrata, al menos por una de las partes, no para lograr el cumplimiento de una *"prestación"*, sino para la obtención de otros beneficios que provienen del incumplimiento del deber de conducta estipulado (se sabe de antemano que la *"prestación"* no podrá ejecutarse). En otros términos, se obra dolosamente, con la intención positiva de causar un daño correlativo a un beneficio que se obtiene ilegítimamente, no obstante aparentarse la existencia de un vínculo jurídico válidamente contraído.

Por consiguiente, el acreedor contrata a ciencia y conciencia de que su deudor no cumplirá la obligación y de ello se seguirá (lo que procura) un beneficio para sus intereses. En este contexto el contrato es relativamente nulo (artículo 1458 del Código Civil), debiendo el contratante doloso reparar los perjuicios que se siguen de su comportamiento.

Desde otra perspectiva, si es el acreedor quien generó el obstáculo o escollo que impide que el deudor cumpla (inducción a contratar a sabiendas que en dichos términos ello ocurrirá), se falta a la diligencia y cuidado que la ley impone al pretensor y, por ende, se tratará de un contratante incumplidor con todas las consecuencia jurídicas que de ello se siguen.

A lo anterior debería agregarse la presencia de una causa ilícita (contraria a la ley), ya que el motivo que induce a contratar (artículo 1467 del Código Civil) no es la obligación asumida por la contraparte (causa final), ni el legítimo deseo de alcanzar los beneficios previstos en la ley para el sujeto activo de la relación (causa ocasional), sino un provecho repudiado en la ley que nace como consecuencia del incumplimiento. [20]

Así las cosas, forzoso resulta calificar esta relación como viciosa y negarle todo poder vinculante.

Volviendo a la expansión interna del poder vinculante del contrato, creemos que ha quedado de manifiesto que éste liga a las partes (activa y pasiva) en un marco de derechos y obligaciones recíprocas e interdependientes que

[20] En esta materia nos remitimos a lo que hemos llamado "doble control de eticidad" y que corresponde a nuestra posición sobre la causa como elemento del acto jurídico. Esta teoría se expone en el libro *Responsabilidad Contractual* (Editorial Jurídica de Chile. Año 2003. Páginas 103 y ss.) A nuestro juicio, la causa en el Código Civil chileno está referida al contrato, no a la obligación y corresponde a la causa "ocasional" que califica los motivos que inducen a contratar.

condicionan la conducta de unas y otras. De aquí la necesidad de superar el reducido estatuto sobre la *"mora del acreedor"* y sustituirlo por un enfoque que profundice la interdependencia que caracteriza el lazo contractual.

5. Expansión externa del poder vinculante del contrato

Complementando este cuadro debemos reconocer que el contrato no sólo se expande en su interior (respecto de las partes que lo celebran), sino también externamente respecto de terceros.

Comencemos por recordar que se atribuye al contrato un *"efecto relativo"*, lo cual sirve para delimitar sus consecuencias a las partes que intervienen en él y a sus causahabientes (lo propio ocurre con otras reglas jurídicas, como la sentencia judicial y las resoluciones administrativas). Sin embargo, este recurso didáctico ha impedido examinar el contrato como el cimiento de una *"relación intersubjetiva"* que se proyecta a todo el sistema jurídico. El contrato, si bien obliga directamente a las partes que lo celebran (imponiéndoles un deber de conducta específico), determina la existencia de un *"hecho jurídico"* que servirá de base a otras relaciones de la misma o diversa especie que la anterior. Un ejemplo aclarará lo que se señala. El arrendatario usa la cosa arrendada debiendo ser reconocido y respetado como tal (mero tenedor), tanto por el arrendador como por todos los demás miembros de su comunidad. Asimismo, podrá subarrendar la propiedad, salvo que le haya sido prohibido o no autorizado al efecto, traspasando su derecho a otro sujeto ajeno al contrato de arrendamiento. Lo propio ocurre respecto del comprador, el mutuario, el acreedor hipotecario, el fiador, etcétera.

Por lo tanto, el *"efecto relativo del contrato"* no se opone a su expansión externa, en cuanto generador de hechos jurídicos que condicionan toda suerte de nuevas relaciones contractuales.

Jorge López Santa María se refiere a este tema en los siguientes términos: *"La premisa de la que hay que partir para referirse al efecto expansivo de* ***los contratos*** *consiste en que éstos, sin perjuicio de los derechos personales y obligaciones correlativas que generan para las partes, por sí mismos* ***constituyen una situación de hecho.*** *Un acontecimiento jurídico del mundo exterior, que nadie puede desconocer y que, por lo tanto, tiene vigencia* ***erga omnes.*** *Así percibida la realidad de las cosas, es posible, en no pocas hipótesis, traer al primer plano de una controversia, como antecedente fundamental, un contrato ajeno. Sin que la correspondiente alegación pueda desestimarse sobre la base del principio del efecto relativo".* [21] En el mismo sentido se pronuncia Ramón Domínguez Águila, cuando escribe: *"...no es efectivo que el contrato sea inoponible a terceros. Muy por el contrario,*

[21] Jorge López Santa María. Obra citada. Tomo II. Pág. 361.

el contrato es, por esencia, oponible a todos, porque nadie puede desconocer el contrato convenido entre otros, ni puede, por lo mismo, impedir, ni privar, ni discutir a las partes los derechos y obligaciones que provienen del contrato. Lo que ocurre es que el contrato no es únicamente una cuestión de creación de norma legal y de imperio de la voluntad, se inscribe en un contexto social y, por lo mismo, es también un ***hecho social.*** *Afirmar, pues, que los contratos son inoponibles a terceros sería una afirmación inexacta que no ayuda a la claridad de las ideas, por mucho que se repita en alguna jurisprudencia..."*[22] Como puede constatarse, existe acuerdo en la doctrina en esta materia, reafirmando lo que señalamos.

5.1. Efectos del contrato sobre terceros

Puede el contrato, además, producir efectos específicos y directos respecto de terceros en virtud de lo preceptuado en la ley, caso en el cual nos hallaremos ante una excepción legal al principio del efecto relativo del contrato. Lo anterior no ofrece dudas, pero lo que interesa es precisar el efecto expansivo al margen de un mandato legal expreso. Volvamos a López Santa María a propósito de la *"Oponibilidad de un contrato por terceros a las partes. Reiteradamente, tribunales extranjeros han admitido que la inejecución o el incumplimiento de un contrato por una de las partes, sea invocada contra ella por un tercero como base fundamental de una demanda indemnizatoria en sede extracontractual. No se trata de hipótesis, parecida, por cierto, de la acción directa, puesto que no existe ahora un precepto legal expreso que tutele la mencionada actividad ante el órgano jurisdiccional. Además, la acción directa es de orden contractual. Así, por ejemplo, si un 'garajista' deja mal reparados los frenos o la rueda de un vehículo, la víctima del accidente del tránsito, provocado por el mal funcionamiento de los frenos o por el desprendimiento de la rueda, ha sido admitida a exigir indemnización contra el propietario del taller, oponiéndole el contrato de reparación en que la demandante no tuvo intervención alguna. La víctima del* ***shock*** *producido en virtud de una transfusión sanguínea puede accionar contra el banco de sangre que contractualmente proporcionó la sangre (en mal estado) al médico tratante. En iguales términos, también se han acogido demandas de víctimas de daños derivados del despeñamiento de un ascensor mal reparado; como asimismo, demandas de víctimas del derrumbe de una construcción, efectuada de manera deficiente. En todos los casos la legitimación pasiva ha incumbido al cocontratante del hechor directo".*[23]

Como puede observarse, ha sido la jurisprudencia la que ha abierto camino a la posibilidad de extender los efectos del contrato para alcanzar a terceros que sin haber provocado directamente un daño, derivado del incumplimiento de una obligación, ven comprometida su responsabilidad. En esta hipótesis se

[22] Ramón Domínguez Águila. "Los terceros y el contrato". *Revista de Derecho. Universidad de Concepción.* N° 174. 1983. Pág. 153. Este trabajo está citado por Jorge López Santa María en la obra ya mencionada con algunos comentarios que no es del caso agregar.
[23] Jorge López Santa María. Obra citada. Tomo II. Pág. 364.

deja de lado la aplicación del principio sobre el *"efecto relativo del contrato"* y se opta por el principio de la *"expansión externa del poder vinculante del contrato"*.

¿Es posible justificar, desde una perspectiva jurídica, esta decisión que altera lo que tradicionalmente se ha sostenido sobre el alcance del poder vinculante del contrato respecto de terceros?

Nosotros estimamos que ello es posible y necesario, si se atiende a las siguientes razones: a) el contrato, como se dijo, constituye un *"hecho jurídico"* que se integra al escenario en que opera una multiplicidad de relaciones intersubjetivas, por lo mismo, se trata de un factor objetivo que condiciona los efectos y consecuencias que se siguen de una determinada relación jurídica; b) la conducta de quien incumple una obligación (sea en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual) puede hallarse determinada causalmente por el incumplimiento de un tercero que estaba ligado contractualmente a él; c) si el daño que proviene de modo directo del incumplimiento no se habría producido, en el evento de que el tercero hubiere cumplido la obligación que le correspondía, desde el punto de vista causal deben integrarse ambas conductas –la del deudor incumplidor para con la víctima y la del tercero para con el victimario–, porque no ha podido desplegarse una conducta sin la existencia de la otra; d) nada obsta a que la causa de un daño (fundado en la existencia de incumplimientos sucesivos) pueda ser imputada a dos o más personas, tanto más si un incumplimiento está determinado por el otro; e) el incumplimiento del tercero (que desencadena el incumplimiento del deudor) no es una condición del daño producido, sino causa de él, porque resulta previsible de acuerdo al orden normal de las cosas.

No nos encontramos ante el problema de las *"concausas"*, sino ante la integración causal de dos conductas que se implican tan estrechamente que la primera no existiría sin la segunda. Tratándose de *"concausas"*, los hechos que las constituyen operan independientemente, aun cuando puedan ser coetáneas, entrecruzándose al momento de generarse el daño y desatando entonces y como consecuencia de ello el conflicto sobre la responsabilidad. No ocurre lo mismo en la hipótesis que nos ocupa, puesto que la conducta directamente dañosa tiene como causa inmediata y necesaria el incumplimiento de una obligación asumida por un tercero.

5.2. Implicación causal sobre dos conductas sucesivas

¿Pueden implicarse causalmente dos conductas sucesivas, en el entendido que la que provoca el daño no podría haberlo producido sin la ocurrencia de la precedente? ¿Debe considerarse el primer incumplimiento (presupuesto obligado del segundo) como una *"concausa"* en la producción del daño? Creemos que aquí reside el problema que nos interesa dilucidar. Insistamos en que no

estamos en presencia de una *"concausa"* y que ello queda de manifiesto por el solo hecho de que se trata de conductas que no se dan independiente, sino sucesivamente, en términos tales que una condiciona y provoca la segunda. No cabe, a nuestro juicio, restringir la *"relación causal"* arbitrariamente a una sola conducta (segundo incumplimiento), en circunstancia que éste no pudo producirse sino en conexión con el primero. La *"causa adecuada"*, como se dijo, distingue las *"condiciones"* que deben concurrir para la producción del daño, de las *"causas"* del mismo. No cabe duda que en la hipótesis que analizamos lo que hemos llamado primer incumplimiento es causa del daño que provoca el segundo incumplimiento.

De aquí que pueda decirse que todos los hechos que concurren a la generación de un daño son condiciones de él, pero no son su causa desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Sólo es posible considerar causa de un daño los acontecimientos que deberían producirlo normalmente. La relación entre el hecho y el daño que resulta debe ser *"adecuada"*, no simplemente fortuita.[24]

En suma, puede sostenerse que potencialmente el daño está contenido en el primer incumplimiento (p. ej. situación del garajista que no cumple el contrato de mantención de un vehículo, o de la persona que sufre una transfusión de sangre contaminada), en términos que, conforme el curso normal de las cosas, el daño habrá de manifestarse irremediablemente al producirse el segundo incumplimiento.

En varias otras publicaciones, a propósito de la responsabilidad contractual, hemos sostenido la necesidad de superar las rigideces de que suelen ir acompañadas las diversas teorías sobre la causalidad. Una de aquellas proposiciones, radica en la posibilidad de retroceder en la relación causal, integrando a ella, por este medio, todos aquellos actos, factores y conductas que con certidumbre han contribuido a la producción del daño. Así, por vía de ejemplo, si un laboratorio farmacéutico suministra a un establecimiento comercial un medicamente defectuoso, el daño –tratándose de la responsabilidad contractual– causalmente lo provocará la farmacia al vender el producto, debiendo el laboratorio responder a la farmacia y ésta al consumidor. Si admitimos la tesis de que es posible retroceder en la cadena causal, el consumidor podrá accionar contra el laboratorio, contra la farmacia, incluso contra los proveedores del primero, todos los cuales pueden haber tenido una participación evidente en la causación del daño. No se trata de volver a la teoría de la *"equivalencia de las condiciones" (conditio sine qua non)*, sino de permitir al juez reconstruir la cadena causal incorporando a

[24] Lo señalado no implica desatender nuestra teoría sobre la "causa necesaria en materia contractual", expuesta latamente en el libro *Responsabilidad Contractual*. Editorial Jurídica de Chile. Año 2003. Págs. 275 y ss. A juicio nuestro, la teoría de la causa admite una distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, radicándose la primera en el "incumplimiento" de las obligaciones definidas y tipificadas en el contrato.

ella todos los factores, actos y conductas que con certidumbre han contribuido a provocar el daño. Lo indicado, ciertamente, amplía las facultades de los jueces, al permitirles, en el ámbito contractual, determinar en qué medida han contribuido a la producción del daño las conductas que condicionan su existencia.[25]

Cabe tener en consideración el hecho de que la relación causal en la responsabilidad contractual ha sido poco estudiada entre nosotros. Se ha puesto acento a esta materia en el tratamiento de la responsabilidad extracontractual, sin advertir las diferencias que presenta esta última con aquélla. Muy probablemente las dificultades que presenta esta materia sean consecuencia de lo señalado.

5.3. Incumplimiento causado por un tercero

Cabe todavía analizar la situación que se produce cuando el incumplimiento de un contrato es consecuencia de la acción de un tercero, cuya conducta obstruye la posibilidad de que el deudor despliegue la conducta debida.[26]

Sobre este punto pueden observarse dos escenarios diametralmente distintos: aquellos casos en que la ley permite expresamente la intervención de un tercero (acción directa), como sucede, por ejemplo, tratándose de la impugnación de un contrato simulado; y aquellos casos en que la intervención del tercero no se encuentra regulada en la ley.[27]

Si un tercero interfiere en el cumplimiento de un contrato, sin hallarse facultado expresamente en la ley para hacerlo, sólo podrá demandarse su responsabilidad extracontractual (puesto que no es parte de la relación jurídica). Si, a la inversa, se encuentra facultado en la ley al efecto, se someterá a las normas de la responsabilidad contractual, porque en dicho supuesto se lo ha integrado a la relación contractual.

---

[25] En nuestro libro sobre la *Responsabilidad contractual*, ya citado, postulamos, respecto de la causalidad, una doctrina que denominamos "teoría de la causa necesaria". Esta teoría pone acento en el incumplimiento como fuente necesaria de la responsabilidad contractual. Sostenemos que todo daño contractual ha de estar fundado en el hecho de no haberse desplegado la conducta asumida por el deudor en el contrato. En consecuencia, hay una "causa necesaria" sin la cual no puede reclamarse responsabilidad alguna. Esta teoría enfatiza la diferencia que se observa respecto de la responsabilidad extracontractual. En la publicación que invocamos se analiza, también, la concurrencia de otras causas (concausas), distinguiendo dos tipos distintos de concausas: las que operan después del incumplimiento determinando el aumento o la atenuación del daño producido; y las que aparecen coetáneamente con el incumplimiento y que contribuyen a que éste se produzca. Los conceptos mencionados son perfectamente aplicables junto con la proposición de retroceder en la relación causal para integrar en ella aquellas conductas que condicionan el incumplimiento contractual.

[26] Sobre esta materia puede presentarse una serie de situaciones que escapan a nuestro análisis. La doctrina –entre ellos Fransceso Messineo ya citado– distingue un contrato en perjuicio de terceros, un contrato sobre el patrimonio de un tercero, un contrato a favor de un tercero, un contrato a cargo de un tercero (promesa del hecho de un tercero), y un contrato que incida sobre la situación del tercero. A nosotros sólo nos interesa, para efectos de este trabajo, el impedimento del tercero que obstruye el cumplimiento de un contrato.

[27] A este respecto ver a Jorge López Santa María. *Los contratos*. Parte General. Tomo II. Pág. 362.

Conviene preguntarse cuál es el efecto que genera la intervención obstructiva del tercero respecto de la responsabilidad del deudor en el incumplimiento. Esta hipótesis descarta toda posible complicidad, connivencia o entendimiento entre el tercero y el obligado. En el evento de que exista este vínculo, el tercero no será más que un instrumento de que se vale el deudor para eludir el cumplimiento de la obligación. Lo mismo puede sostenerse en lo relativo a las personas de cuya conducta fuere responsable el deudor (artículo 1679 del Código Civil).

En el entendido que el tercero sea absolutamente ajeno al deudor, caben al acreedor dos recursos posibles: perseguir la responsabilidad extracontractual del tercero (sometiéndose a todas las exigencias impuestas en la ley), o exigir al obligado la cesión de las acciones que a éste correspondan contra el tercero (aplicación del artículo 1677 del Código Civil). En todo caso, la obligación del deudor se extingue por *"caso fortuito"*, ya que el hecho del tercero que impide el cumplimiento, en la medida que sea imprevisto y el deudor no pueda superarlo con la diligencia y el cuidado debidos, coloca a éste en la imposibilidad de desplegar la conducta que impone la obligación. Un autor ha señalado sobre este punto: *"**Hecho de tercero.** Es el acto emanado de una persona extraña al deudor que constituye un caso fortuito o fuerza mayor cuando reúne los requisitos estudiados* (hecho imprevisible, inevitable, ajeno al deudor, actual, sobreviniente a la constitución de la obligación, obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación). *Si el acto proviene de un tercero por el que debe responder el deudor no hay 'casus', ya que estaría en juego la culpa de éste que la ley presume sin admitir prueba en contrario. El tercero autor del hecho puede estar identificado o ser ignorado. Para que pueda hablarse de **hecho de tercero** 'no es necesario –dicen Mazeaud y Tunc– que ese tercero sea conocido. Basta que se tenga la certidumbre que el daño es debido al hecho de una persona. Sin duda tal certidumbre será establecida* más fácilmente si es posible individualizar al tercero; pero ella puede existir sin esto: así, cuando el tercero se ha fugado y no se ha podido encontrar´".[28]

Estos son, a nuestro juicio, los efectos principales que conlleva el efecto expansivo externo del poder vinculante del contrato. La doctrina jurídica ha denominado también a este fenómeno *"efecto reflejo del contrato"*. Aun cuando se trata de una cuestión meramente terminológica, creemos es preferible hablar de *"efecto expansivo interno y externo"*, refiriéndolo al poder vinculante de la relación. Barbero alude a este concepto en los siguientes términos: *"La **eficacia directa** es aquella que se despliega en efectos esenciales o naturales, dirigidos a **realizar la intención contractual,** o en general, **negocial.** La **eficacia refleja** es aquella que, por efecto de dicha realización, se refleja también en el patrimonio de*

[28] Jorge Joaquín Llambías. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Cuarta Edición actualizada. Editorial Perrot. Buenos Aires. Año 1983. Pág. 244.

terceras personas. Y ésta no es propia solamente de los contratos". (Cita al efecto, la remisión de la deuda, la novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios si no ha sido expresamente limitada, etcétera).[29]

Como puede constatarse, el contrato ofrece fronteras aún vírgenes que deben encararse. La institución mencionada es de tal importancia en el desarrollo de las sociedades modernas que estará permanentemente en revisión para adaptarla a las nuevas exigencias de la comunidad jurídica.

III. Tres cuestiones ligadas al contrato

En el análisis que nos hemos propuesto no pueden eludirse tres cuestiones íntimamente vinculadas al contrato. Me refiero a la limitación de la responsabilidad civil, a las consecuencias probatorias del "consensualismo", y a los desafíos que diariamente plantea el avance científico tecnológico que, bien o mal, van siendo obligadamente recepcionados por el derecho.

1. Limitación de la responsabilidad contractual

La larga trayectoria histórica del contrato revela que la responsabilidad que emana de su incumplimiento se ha ido atenuando, pasando de un extremo (como ocurría con la pérdida de la libertad y las consecuencias corporales que se seguían de su quebrantamiento) a la actual situación. Hay, en esta perspectiva, dos factores importantes que son fruto de la creciente humanización del derecho.

Por un lado, la abolición de la *"prisión por deuda"* (incumplimiento de una obligación y entre ellas las emanadas del contrato) y, por el otro, la limitación o reducción del *"derecho de prenda general"*.

La eliminación de la *"prisión por deuda"* se fue abriendo camino especialmente a través de tratados internacionales en los cuales los países se comprometían a desterrar esta sanción de su legislación. Así, por ejemplo, el *"Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"* adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, de 16 de diciembre de 1966, y suscrito por Chile en esa misma fecha, posteriormente ratificado, promulgado y publicado en el Diario Oficial del día 29 de abril de 1989, dispone en su artículo 11: *"Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual".* La *"Convención Americana Sobre Derechos Humanos"*, denominada *"Pacto de San José de Costa Rica"*, ratificada

[29] Doménico Barbero. *Sistema de Derecho Privado.* I. Introducción. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Año 1967. Pág. 613.

por Chile y publicada en el Diario Oficial del 5 de enero de 1991, prescribe en su artículo 7, sobre libertad personal, N° 7: *"Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimenticios"*. Recordemos que en ambos tratados el Estado de Chile se obliga a respetar los derechos y libertades contemplados en ellos, comprometiéndose, en este último, a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de los mismos tratados, *"las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivo tales derechos y libertades"*. En consecuencia, la legislación chilena no admite la llamada *"prisión por deuda"*, que ha pasado a ser un resabio de otra época.

El *"derecho de prenda general"* constituye la afectación de todo el patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación. El artículo 2465 del Código Civil dice que *"Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618"*. Como resulta obvio, lo señalado implica que puede el acreedor perseguir los bienes o cuerpos ciertos que se le deben cuando ellos se encuentran en poder del deudor, o bien, tratándose de un cumplimiento por equivalencia (indemnización de perjuicios), obtener la realización de los demás bienes para la obtención de los recursos destinados al pago que corresponde. Ocurre, sin embargo, que se ha ido limitando el *"derecho de prenda general"* aumentando los bienes inembargables, de suerte que van disminuyendo los bienes sobre los cuales puede hacerse efectivo el derecho del acreedor. Para comprobarlo basta analizar comparativamente el artículo 1618 del Código Civil, aludido en la definición del *"derecho de prenda general"*, con el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil, que amplía considerablemente los bienes no susceptibles de quedar afectos al cumplimiento de las obligaciones. Más aún, el N°18 de esta última disposición agrega, genéricamente, *"Los demás bienes que leyes especiales prohíban embargar"*. Entre estas última deben incluirse los recursos de los afiliados de las Administradoras de Fondos de Pensiones o ahorro previsional y numerosos otros bienes que se estiman provenientes de medidas asistenciales.[30]

En suma, predomina una tendencia a ampliar los bienes inembargables y, paralelamente, reducir el patrimonio sobre el cual puede el acreedor hacer valer sus derechos. Lo que señalamos cobra mayor importancia en la medida que se desconoce el principio fundamental del mecanismo instituido en el artículo 2465 del Código Civil. Si bien es cierto que teóricamente el deudor afecta todos sus bienes embargables al cumplimiento de la obligación contraída, no pierde, sin embargo, ni la propiedad, ni el goce, ni el uso de los mismos. Lo anterior

[30] Sobre los fondos de pensiones el artículo 35 del Decreto Ley N° 3.500, señala que "El valor de cada uno de los Fondos de Pensiones se expresará en cuotas. Todas las cuotas de un Fondo de Pensiones serán de igual monto y características, y serán, además, inembargables".

queda neutralizado por el hecho de que los bienes que salen de su patrimonio son subrogados por los bienes que ingresan a él, concediéndose al acreedor las acciones para el caso de que, en estado de insolvencia, el deudor pretenda desprenderse maliciosamente de sus bienes, disminuyendo su patrimonio en desmedro de los derechos del acreedor (acción pauliana del artículo 2468 del Código Civil y, eventualmente, acción por simulación). No admite discusión el hecho de que, en la medida que le sea permitido al deudor reducir u ocultar sus bienes, se debilitará el derecho contractual y aumentará la incertidumbre de las relaciones que nacen del contrato.

Por último, aun cuando desde otra perspectiva no pueden dejar de mencionarse las dificultades con que tropieza el acreedor por el retardo de los *"juicios ejecutivos"*, y el predominio de lo que hemos llamado *"cultura del incumplimiento"*, la cual se expresa nítidamente en las excepciones que puede el deudor (en general) oponer a la ejecución (19 en total). Y qué decir de los *"juicios declarativos"*, como ocurre al demandarse la resolución de un contrato por incumplimiento de lo estipulado.

De lo dicho se desprende que no corren buenos tiempos para el contrato y el esplendor que supone su existencia y funcionamiento en una sociedad económicamente desarrollada.

2. Dificultades probatorias que plantea el consensualismo

Dijimos en lo precedente que en materia contractual el consensualismo es la regla general. Desde el punto de vista de su perfeccionamiento, el contrato puede revestir tres tipos: consensual, real y solemne. Los primeros se perfeccionan por la formación del consentimiento (concurso real de voluntades sin que sea necesaria formalidad alguna). Los segundos se perfeccionan por la entrega o tradición de la cosa. Los últimos mediante una formalidad instituida en la ley. Atendida esta naturaleza, la prueba de los contratos consensuales se hace más difícil, puesto que no reviste demasiada complejidad probar la entrega o tradición de la cosa (lo cual supone siempre un desplazamiento material de la especie sobre que se contrata), en tanto los contratos solemnes se prueban por sí mismos a través de la formalidad establecida en la ley.

Nuestro Código Civil ha establecido una exigencia general respecto de los contratos consensuales y reales, de acuerdo a la cual *"Deberán constar por escrito los actos y contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias"*. (Artículo 1709 inciso 1°). A su vez el artículo 1708 complementa esta regla diciendo que *"No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito"*. El alcance de esta *"sanción civil"* se halla descrito en el mismo artículo 1709 inciso 2°, para el caso de que por medio de testigos se pretenda alterar lo que reza la letra del

acto o contrato. La indicada disposición señala que *"No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance la referida suma".*

Como puede comprobarse, el legislador revela una manifiesta desconfianza hacia la prueba testimonial, la cual ha demostrado –entre nosotros– carecer de consistencia y seriedad, no obstante lo cual sigue siendo invocada en la mayor parte de los juicios civiles. Paralelamente, se establecen excepciones para casos calificados. Así por vía de ejemplo: i) cuando existe un principio de prueba por escrito, vale decir, un *"acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso"* (artículo 1711); ii) en el contrato de comodato (artículo 2175); iii) en el contrato de depósito *necesario* (artículo 2237). En todas estas hipótesis es posible invocar la prueba testimonial, atendiendo, sin duda, a las especiales características de estos contratos y las circunstancias en que se celebran.

Más aún, el artículo 2217 del mismo Código Civil, a propósito del contrato de depósito, se pone en una situación bien especial: *"Cuando según las reglas generales deba otorgarse este contrato por escrito, y se hubiere omitido esta formalidad, será creído el depositario sobre su palabra, sea en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada, o al hecho de la restitución".* Cabe preguntarse: ¿de qué tipo de presunción se trata? No cabe duda que nos hallamos ante una presunción ***simplemente legal***, ya que la remisión alude a las *"reglas generales"* que consagran la exigencia de otorgar el contrato por escrito y a los efectos que se siguen de su infracción. No puede perderse de vista el hecho de que la *sanción para el caso de que el acto o contrato no conste por escrito, no obstante tratarse de una cosa cuyo valor excede dos unidades tributarias,* es la inadmisibilidad de la prueba testimonial, no la inadmisibilidad de los demás medios probatorios (confesión, informe de peritos, presunciones, inspección personal del tribunal). Se ha discutido respecto de este artículo, además, si es procedente, para acreditar el depósito mediante la prueba de testigos, la existencia de un principio de prueba por escrito. A nuestro juicio, la excepción contemplada en el artículo 1711 es plenamente aplicable en la especie, a pesar de algunos fallos que han sostenido lo contrario.

No puede desconocerse el hecho de que en la actualidad, gracias a los avances tecnológicos que tanto han enriquecido los medios de comunicación, se fortalece el consensualismo, ya que muchas de las tratativas preliminares quedan registradas en documentos electrónicos, lo cual facilita la reconstitución de una negociación y posterior celebración de un acto o contrato.

En este contexto no es fácil predecir cuál será la suerte del consensualismo, ya que, por un lado, se mantiene la desconfianza en la prueba testimonial y, por

el otro, se fortalece el registro de conversaciones, negociaciones y acuerdos, todo lo cual queda registrado en instrumentos electrónicos que suplen las insuficiencias que inspiraron nuestro Código Civil. Por consiguiente, hay factores que permiten mirar con optimismo el futuro del consensualismo y factores que siguen obstruyendo su expansión.

3. El avance científico tecnológico

El mundo se encuentra inmerso en un proceso cuyas dimensiones no alcanzamos a medir. No se trata de un descubrimiento (como la máquina a vapor o la producción en serie) que conmovió a muchas naciones, abriendo paso a la *"revolución industrial"*, con todas sus consecuencias políticas, ideológicas, económicas, sociales, etcétera. La *"revolución tecnológica"* se caracteriza por su continuidad, permanencia y perfeccionamiento de sus muchos aportes. Día a día, se ofrecen nuevas creaciones, se corrigen y extienden las existentes, se abarcan otros campos todavía ignotos. Nadie puede anticipar a dónde llegaremos por este camino. Lo cierto e indiscutible es que el fenómeno implica un cambio cultural que deberá introducirnos en una sociedad de contornos distintos de los conocidos hasta hoy. Desde luego, podemos anticipar un cambio profundo en los métodos y sistemas de enseñanza, en los programas de escuelas, colegios, institutos y universidades. Ha nacido una nueva generación, cuyas valoraciones son muy distintas de aquellas que inspiraron nuestra formación. La cultura, concebida por José Ortega y Gasset como el conjunto vital de ideas de cada tiempo, ha cambiado su eje, confrontando, cada vez con más fuerza, el pasado con el presente.

Esta transformación, que abarca todos los sectores y a todos los grupos, influirá tanto en el contenido como en la aplicación del derecho, imponiéndole la necesidad no sólo de actualizarse a la luz de las nuevas valoraciones, sino de descubrir la manera de ir adaptándose a una realidad en constante cambio. La tarea excede en mucho nuestras modestas capacidades y, por qué no decirlo, el peso del tradicionalismo constituye un escollo para proponer y lograr soluciones que, tarde o temprano, deberán alcanzarse.

Afirmo que el contrato, en este nuevo contexto, seguirá siendo herramienta fundamental y un instrumento que facilitará las relaciones reguladas por el derecho. El desarrollo económico, la necesidad de unificar voluntades en torno a tareas complejas que se implican, las oportunidades que brindan los medios de comunicación y transporte, la extensión de los descubrimientos científicos, el mejoramiento de la calidad de vida y la detección de problemas que durante siglos permanecieron ocultos, en fin, el nuevo mundo que comienza a insinuarse, requerirá un diseño jurídico distinto. Para dimensionar lo que señalamos basta con representarnos los desafíos que surgen de la llamada *"globalización"*. Este fenómeno ha extendido el comercio internacional y el

intercambio económico y cultural de modo nunca imaginado, demandando nuevas estructuras cuya construcción no admite dilaciones. Las fronteras se han desdibujado y comienzan a emergen grandes bloques que demandan con urgencia una regulación jurídica proporcional.

Es a propósito de esta constatación que el contrato, con su capacidad para regular y autolimitar la libertad, organizar la creación, distribución, goce e intercambio de bienes y conformar un estatuto jurídico propio para cada uno de los imperados, se nos aparece como una contribución insustituible, tratándose del anhelo de ampliar las fronteras de la persona humana.

Nos aguarda, creo yo, el nacimiento de un derecho más perfecto, que se irá perfilando gradualmente y que exigirá instrumentos que aseguren y afiancen la libertad. La experiencia europea, incluso considerando la crisis que la afecta, da cuenta de la evolución que sufrió el derecho interno, para dar cabida e incorporar las normas del derecho comunitario.

Los grandes pensadores, incluyendo entre ellos en el campo jurídico a Hans Kelsen, anticiparon la existencia de una especie de *"Estado Universal"*, regido por el Derecho Internacional. Si se observa de qué manera ha cobrado fuerza en los últimos años el antiguo "Derecho de Gentes", se podrá medir la importancia que cabe asignarle en esta nueva realidad. La función económica, social, política e institucional del contrato puede ser un aporte significativo para el futuro que avizoramos.

Revisitando el debate sobre los abogados integrantes y la independencia del Poder Judicial[1]

Sergio Verdugo R.
Máster en Derecho
Universidad de California, Berkeley
Magíster en Derecho Público
Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesor de Derecho Constitucional
Investigador del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Carla Ottone L.
Egresada de Derecho
Universidad del Desarrollo
Ayudante de la Dirección de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: Se revisa el debate sobre la conveniencia del sistema de reemplazo judicial basado en los abogados integrantes y se analiza especialmente la crítica que sostiene que ellos no son independientes de los intereses del Poder Ejecutivo. Para ello, se examina el comportamiento de votación de los abogados integrantes de la tercera sala de la Corte Suprema en causas de indemnización de perjuicios donde el Fisco es parte, y se compara con la manera en que votan los ministros titulares. Se concluye que casi todos los jueces de esta sala votan de una manera generalmente favorable al interés fiscal, aunque esta favorabilidad se acentúa tratándose de los abogados integrantes.

***

Introducción

Se ha discutido mucho acerca de la conveniencia de mantener el sistema de abogados integrantes (AI) de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, existiendo diversas propuestas relativas a su eliminación o reforma. Como ve-

[1] Este trabajo es fruto de una investigación derivada de la adjudicación del concurso de fondos de investigación de la Dirección de Investigación de la Universidad del Desarrollo. N° de proyecto: 20111014171242965112.
Agradecemos las observaciones formuladas por el profesor José Manuel Díaz de Valdés.

remos, un grupo importante de autores ha sostenido que estos AI carecen de las garantías necesarias para asegurar la autonomía de los jueces[2]. Entre otras razones que se suelen invocar, se argumenta que la forma de nombramiento y el breve período de tiempo que sirven en sus funciones predispone a los AI a ser influidos por los intereses del Poder Ejecutivo, violando con ello la independencia de la judicatura y lesionando la garantía de la imparcialidad.

Sin embargo, y aunque hay fuertes razones teóricas para sostener lo anterior, existe poca evidencia que demuestre esta falta de independencia en la práctica. Con el objeto de orientar de mejor manera el debate, en este trabajo presentamos algunos datos relativos a la manera en que han votado algunos AI de la Corte Suprema, constatando (entre otras cuestiones) que las diferencias en su comportamiento de votación respecto de los ministros, aunque existen, no es especialmente alta. Lo anterior se puede explicar por diferentes motivos que analizaremos.

El propósito de nuestro trabajo se vincula con la idea de que, si bien los arreglos institucionales no son neutros y ellos condicionan el comportamiento de los regulados en direcciones determinadas y predecibles, la sola apreciación lógica de los incentivos que ellos generan no es suficiente para dar por acreditadas las consecuencias que se critican. De esta manera, la apreciación de la información empírica que se observa en el comportamiento de los regulados (los AI, en este caso) es importante para entender mejor si el diseño institucional de los mismos es efectivo para cumplir aquello que se espera del aparato judicial: aplicación e interpretación del Derecho con imparcialidad e independencia[3]. Aunque muchas veces los datos no nos permiten tener respuestas absolutas (como se verá en este estudio), ellos contribuyen a entender mejor el impacto de la regulación en la práctica.

No pretendemos responder todas las preguntas relacionadas con esta materia. En efecto, nuestro estudio sólo se dirige a analizar si los votos de los AI de la tercera sala de la Corte Suprema entre 2005 y 2011 han sido o no favorables al Fisco, principal ente del Poder Ejecutivo, dependiente del Presidente de la República. No responderemos otros cuestionamientos, tal como el que atribuye

[2] En lo sucesivo, utilizaremos la expresión "jueces" para referirnos de manera indistinta tanto a los AI como a los ministros titulares (incluyendo también a los fiscales judiciales cuando remplazan a un ministro). Cuando nos refiramos a alguno de ellos en específico, utilizaremos las expresiones que correspondan en particular (AI, ministro o fiscal).

[3] Cabe recordar algo que ya es un lugar común en la literatura constitucional. Los fines de la independencia judicial se relacionan con la mantención del Estado de Derecho, asegurando que todos nos regimos por las mismas reglas generales no manipulables por poderosos; que sólo las leyes constitucionalmente legítimas serán aplicadas; que las leyes tendrán aplicación efectiva y total, dando garantías a la mayoría parlamentaria respectiva. FEREJOHN (1999) p. 366. La independencia judicial asegura que las reglas que se aprueben hoy serán aplicadas en el futuro, aun pese a fuertes presiones contrarias. FEREJOHN (1999) p. 367. En este sentido, la independencia judicial es una forma de proteger la democracia. El ideal de la independencia judicial es equilibrar adecuadamente las protecciones institucionales de los jueces con la necesidad de que el poder judicial aplique la voluntad de las mayorías expresada en las leyes. La independencia requiere, desde esta perspectiva, de dependencia con el Derecho. FEREJOHN (1999) p. 365

una eventual situación de conflicto de interés de los AI o acusa un problema de profesionalismo judicial; ni tampoco analizaremos el comportamiento de otros AI (como los de las Cortes de Apelaciones). Por lo anterior, cualquier inferencia que se haga de nuestro estudio es sólo parcial y, aunque ellas tienen la capacidad de demostrar algunos puntos específicos, ellos no son por sí solos determinantes de la mejor política de reforma. En otras palabras, con este trabajo esperamos colaborar con el diagnóstico de la institución, pero no sugerir las soluciones a este.

En primer lugar (1), examinaremos brevemente la discusión nacional relativa al sistema de AI. Constataremos que existen buenas razones para modificar o, derechamente, eliminar este sistema. Como consecuencia de lo anterior, identificaremos aquellas cuestiones que intentaremos medir en el capítulo siguiente de este artículo. Esta primera sección pertenece al plano teórico de la discusión, por lo que las conclusiones que pueden inferirse de ella son sólo preliminares.

En segundo lugar (2), desarrollaremos la parte empírica del trabajo. Explicaremos la manera en que han votado los AI de la tercera sala de la Corte Suprema entre el 2005 y el 2011, y compararemos dicha votación con la de los ministros titulares de la misma. Analizando los datos extraídos, concluiremos (entre otras cosas) que existen diferencias entre la manera en que ambos grupos de jueces (AI y ministros) votan en casos donde el Fisco es parte, pero que esas diferencias no son especialmente altas.

En tercer término (3), sintetizaremos las principales conclusiones de este trabajo. En seguida, incorporamos dos anexos relevantes para la metodología que se ha seguido. En el primero de ellos (anexo I) se da conocer una lista con los jueces cuyos votos se analizaron, incluyendo el número de casos en que ellos participaron y si prefirieron votar a favor o en contra del Fisco. En el segundo de ellos (anexo II), se precisa la manera en que se construyó la base de datos utilizada y se indican los roles de las sentencias que contienen los votos de los jueces considerados en este trabajo.

1. La discusión teórica sobre los abogados integrantes

Primero (1.1), examinaremos brevemente la regulación de los AI. En seguida (1.2.), evaluaremos las razones que se han entregado para justificar el sistema de AI. Luego (1.3.), analizaremos las críticas. Posteriormente (1.4.) aludiremos brevemente a las consecuencias que este debate ha ocasionado en la regulación.

1.1 Regulación de los abogados integrantes

A modo de resumen, la fuente de la regulación de los AI es la ley (en particular el Código Orgánico de Tribunales (en adelante, el COT), y no la Constitución.

Los AI sirven como jueces sustitutos en Cortes de Apelaciones y Corte Suprema cuando los ministros titulares se ausentan debido a razones como enfermedad o cumplimiento de algún deber alternativo (cuestiones administrativas en general). Son nombrados por el Presidente de la República dentro de listas que la propia Corte elabora. Esas listas son revisadas por la Corte Suprema (hasta 1981, participaba el Colegio de Abogados).

Los AI en las Cortes de Apelaciones son nombrados por períodos anuales[4], y los de la Corte Suprema por períodos de tres años[5]. Pueden ser reelegidos de manera ilimitada y se les permite continuar con la práctica de su profesión particular. Su remuneración depende de la cantidad de sesiones en las que participan, y gozan de los mismos poderes de los jueces titulares[6]. Están sujetos a un sistema de inhabilidades y frecuentemente se les encomienda que redacten las sentencias[7].

Como puede apreciarse, los AI carecen de inamovilidad en la práctica, lo que es contrario a la literatura que estudia las maneras institucionales de garantizar la independencia judicial, a la que no me referiré en este trabajo[8].

Cabe recordar que la sección empírica de este trabajo sólo estudia el comportamiento los AI de la Corte Suprema. Sin perjuicio de que algunas de nuestras inferencias puedan ser extensivas a los AI de las Cortes de Apelaciones, hay que hacer presente que la regulación de ellos anota una diferencia importante: ellos sólo duran en sus funciones un año (los de la Corte Suprema duran tres años)[9]. En teoría, esta situación los vuelve más dependientes de los intereses del Presidente de la República, ya que están constantemente sometidos a posibles y frecuentes designaciones sucesivas. Ello los acerca de una manera más fuerte a la autoridad que los nombra.

1.2 Justificación del sistema de AI

Las justificaciones al sistema de AI se vinculan al origen de esta institución, el que se puede rastrear hasta las normas que regulaban el funcionamiento de las

[4] Ver arts. 215 y 219 del COT. La ley 19.810, de junio de 2002, agregó que las salas de las Cortes de Apelaciones no podrán funcionar con mayoría de AI.

[5] Ver arts. 217, 218 y 219 del COT.

[6] De acuerdo al art. 221 del COT, la remuneración de los AI equivale a una "treintava parte de la remuneración mensual asignada al cargo de los ministros del respectivo tribunal, por cada audiencia a que concurran". Cabe hacer presente que la remuneración estable y alta es una garantía que estimula la independencia de los jueces. Ferejohn (1999) p. 356. Una remuneración inestable debiera ir en la dirección contraria.

[7] En virtud del art. 198 del COT, las causales de implicancia y recusación de los jueces son aplicables a los AI. Además, se agrega como causal de recusación la circunstancia de patrocinar negocios en que se ventile la misma cuestión que debe resolver el tribunal.

[8] Dentro de muchos trabajos que pueden citarse, cabe mencionar uno antiguo y ya clásico: The Federalist N° 78 (Alexander Hamilton), que sirvió de base para el diseño constitucional de los poderes judiciales modernos, especialmente el norteamericano y aquellos que lo imitaron (como el nuestro). Sobre esta materia, ver también a Ferejohn (1999) p. 356

[9] Entre otros que le han dado importancia a esta diferencia, ver Bordalí (2009) p. 222.

Audiencias, en el año 1776[10]. No obstante ello, la institución del AI propiamente tal se establecería en 1824 en una ley que reglamentaba la administración de justicia[11]. El objetivo central de dicha regulación era solucionar los problemas de escasez de jueces derivado de que el número de abogados (y de Facultades de Derecho) era bastante bajo[12].

Si bien esta razón probablemente ya no puede utilizarse (el número de jueces, abogados y Escuelas de Derecho ha crecido sustancialmente), los tribunales superiores de justicia cuentan con un número limitado de ministros, lo que ha hecho decir a uno de ellos que los AI son "indispensables"[13]. Este carácter "indispensable", no obstante, se relaciona con variables distintas a la escasez de abogados en la comunidad jurídica nacional, como ocurre con la asignación de tareas no propiamente jurisdiccionales[14], la ausencia de un sistema alternativo más fácil de reemplazo efectivo y un número limitado de ministros asignado por la Constitución (en el caso de la Corte Suprema) o la ley (en el caso de las Cortes de Apelaciones), que en todo caso no refleja el número real de jueces y abogados existentes en el territorio nacional.

Junto a la justificación de la escasez, se han entregado otros tres motivos secundarios: (i) aquellos relacionados con el presupuesto[15]; (ii) la valoración de las contribuciones individuales que muchos juristas de prestigio han entregado en virtud de su calidad de tal[16]; y (iii) el aporte externo de abogados que no pertenecen al Poder Judicial, pero que cuentan con experiencia práctica relevante[17], aunque en los hechos esto no siempre sucede, ya que muchos exministros son designados como AI[18].

Cabe señalar que incluso los críticos del sistema de AI han valorado algunas cuestiones puntuales. Así, por ejemplo, Pablo Rodríguez ha dicho que ellos son un aporte al "buen desempeño de los tribunales"[19] y que son útiles para

[10] En ese año, se crea una Real Ordenanza para regular la institución de los regentes, quienes (con su rol de integración de la Audiencia) habrían sido los predecesores de los AI. Rossel (1992) p. 16

[11] Álvarez (1923) pp. 9-10; Rossel (1992) pp. 24-25; Alonso (2000) p. 264. También se suele citar como antecedente el art. 169 de la Constitución de 1822. Valenzuela (1991) p. 51.

[12] Fundación Jaime Guzmán (2011) p. 2

[13] Aburto (2001) p. 222.

[14] Esta circunstancia ha servido para que algunos se convenzan de la necesidad de tener un sistema de AI. Por ejemplo, Gálvez (1987) p. 77.

[15] Fundación Jaime Guzmán (2011) p. 2

[16] Enrique Correa ha sostenido que su crítica "no afecta a los abogados que desempeñan los cargos de integrantes de la Corte Suprema, los que por su ciencia, capacidad y dedicación merecen no sólo el aprecio, sino el respeto del Tribunal". Correa (1983) p. 385. Ver también Fundación Jaime Guzmán (2011) p. 5.

[17] Gálvez (1987) p. 77; Fundación Jaime Guzmán (2011) p. 5.

[18] Cabe hacer presente que, de alguna manera, el argumento de vincular la justicia con la experiencia de abogados externos, ya ha sido considerada por el constituyente al requerir que al menos 5 de los 21 ministros de la Corte Suprema sean "abogados extraños a la administración de justicia" (art. 78).

[19] Rodríguez (2005) p. 17.

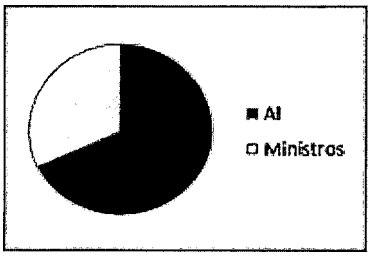
la "eficiencia y buena marcha de la justicia"[20]; y el mensaje de un proyecto de ley que busca suprimirlos indica que el régimen de los AI tiene su fundamento en "razones de buen servicio"[21].

Algunas justificaciones de los AI dependen de cuestiones medibles cuantitativamente, como ocurre con la escasez de abogados y jueces, y con el presupuesto judicial. Ninguna de ellas, sin embargo, parece ser concluyente. Mientras el número de abogados y jueces se ha incrementado considerablemente, el costo presupuestario de los AI no es necesariamente inferior y, aunque lo fuera, un incremento financiero podría ser fácilmente justificable.

Por otra parte, otro grupo de justificaciones depende de una apreciación necesariamente cualitativa, como ocurre con la valoración del prestigio de determinados juristas y de la experiencia de abogados externos a la judicatura. Ambos argumentos, sin embargo, dependen de cuestiones que la regulación no controla, ya que no sabemos si efectivamente el Presidente de la República promoverá el nombramiento de este tipo de abogados. Por una parte, el Jefe de Estado tiene incentivos para designar a alguien que le sea leal, y por otra, la práctica ha demostrado que no todos los AI son, efectivamente, juristas externos. En cualquier caso, la validez de este último argumento es dependiente de la valoración que tengamos de la experiencia del abogado que carece de carrera judicial, la que tensiona con el ideal de fortalecer la profesionalización de la judicatura.

Una cosa que sí es medible cuantitativamente es la participación que los AI tienen en la redacción de sentencias. De acuerdo a nuestro estudio, de todas las sentencias analizadas, 62 fueron redactadas por AI y 29 por ministros de Corte.

Gráfico N° 1
Porcentaje de sentencias redactadas por ministros y abogados integrantes[22]



[20] Rodríguez (2005) p. 18.
[21] Mensaje proyecto de ley que "suprime los abogados integrantes, los fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones y el Fiscal Judicial de la Corte Suprema" (boletín N° 7515-07).
[22] Fuente: elaboración propia con información extraída de nuestra base de datos. Ver anexo II.

Los números recién expuestos se traducen en que, y sólo considerando las sentencias donde participan AI, estos últimos han redactado un 67,4% de las decisiones judiciales. Con ello, podemos inferir que el trabajo que realizan es valioso cuantitativamente y permite, desde luego, liberar a los ministros titulares de una fuerte carga de trabajo. Si bien estos números no nos permiten saber si la doctrina contenida en dichas sentencias es la correcta, ni si los fundamentos entregados por ellas son un aporte a la jurisprudencia, al menos ellos son demostrativos de la importancia e influencia que los AI han llegado a tener dentro de la tercera sala de la Corte Suprema.

Lo anterior puede ser visto como algo positivo o negativo. En términos negativos, si se cree que los AI carecen de suficientes garantías que aseguren su independencia respecto del Ejecutivo o respecto de sus intereses personales, entonces un número tan alto como el expuesto debiera fortalecer la crítica de la (in)dependencia, que examinaremos en el apartado siguiente. Por otra parte, si se cree que los AI son grandes juristas que aportan con su experiencia práctica y académica, entonces un número alto en la redacción de sentencias podría ser positivo, ya que podría ser relativamente demostrativo de que dicha experiencia se estaría transmitiendo a la práctica judicial, siempre y cuando se constatara que dichas decisiones judiciales difieren en su contenido de aquellas redactadas por ministros titulares.

1.3. Principales críticas al sistema de AI

Existen cuatro tipos distintos de crítica a los AI. Una primera crítica (i) indica que los AI infringen el sistema de integración judicial que la Constitución regula de manera textual; una segunda crítica (ii) señala que los AI violan la independencia del Poder Judicial (y con ello también la Constitución); una tercera crítica (iii) sostiene que el sistema de AI genera excesivos conflictos de interés; y una última crítica (iv) indica que los AI afectan un supuesto profesionalismo de la carrera judicial[23].

Como puede observarse, todas estas críticas tienen una naturaleza diferente. La primera (i) asume la inconstitucionalidad textual; la segunda (ii) supone la infracción a un principio constitucional; la tercera (iii) está preocupada de valores como la imparcialidad y la probidad, y la última (iv) corresponde a una recomendación de política judicial. A continuación, resumiremos brevemente estos cuatro tipos distintos de crítica.

En primer lugar (i), se ha sostenido que el sistema de AI es inconstitucional por contravenir el art. 78 de la Constitución, que prescribe que la Corte Suprema

[23] A ellas hay que sumar otras razones que no buscan ser concluyentes, como aquella que sostiene que los AI son una creación que carece de precedentes en el Derecho Comparado. Rodríguez (2005) p. 17.

se compone de 21 ministros[24]. Este argumento se haría extensivo no sólo a los AI de la Corte Suprema, sino que también a los primitivos AI del Tribunal Constitucional (en adelante, el TC)[25]. Sin embargo, este argumento no operaría de igual manera respecto de los AI de las Cortes de Apelaciones, ya que su número depende de lo que disponga la ley.

Pese a ello, la inconstitucionalidad de los AI también podría fundarse en la infracción al sistema de nombramiento (no sólo a su número establecido constitucionalmente), con lo que el régimen de AI de las Cortes de Apelaciones también sería inconstitucional por violar el art. 78 inc. 6° de la Constitución.

En segundo término (ii), se ha dicho que los AI son relativamente dependientes del Poder Ejecutivo, ya que este influiría en su sistema de nombramiento de los AI, su breve período de duración en el cargo y su posibilidad de renovación indefinida[26]. Algunos han llegado a decir que esta situación le da al Ejecutivo una suerte de "tutela" sobre los AI[27], donde la "renovación de su nombramiento queda circunscrita a la conducta que éstos hayan observado en su desempeño"[28], lo que los dejaría desprotegidos[29] frente al "hecho repetido –en todos los gobiernos– que los votos desfavorables a sus intereses o deseos se castigan con el no nombramiento en el próximo período"[30].

Por lo mismo, se ha dicho que en casos donde el Estado es parte, las salas no debieran ser integradas por AI[31]. Sin embargo, y aunque se trate de una buena idea, este deber moral no es exigible jurídicamente, ya que la ley no distingue el tipo de materias que los AI pueden conocer[32]. La crítica anterior se fortalece en aquellos casos donde se han nombrado como AI a "profesionales que desempeñan cargos remunerados con fondos fiscales, semifiscales o municipales"[33].

Cabe hacer presente que el argumento sobre la (in)dependencia de los AI respecto del Ejecutivo está relacionado con el número de años que dure el período presidencial[34]. Si los AI son nombrados año a año (como ocurre res-

[24] Rodríguez (2005) p. 17.
[25] De esta manera, por ejemplo, Eduardo Aldunate ha dicho que "la doctrina no debería permanecer pasiva ante cuestiones como la integración del Tribunal Constitucional por abogados integrantes frente al claro texto del art. 81 C. P. R.". Aldunate (2001) p. 22.
[26] Además de los autores que se citarán a continuación, esta crítica ha sido brevemente sustentada por Valenzuela (1991) p. 51; Vaughn (1992) p. 587; y Barría (1991) p. 53.
[27] Correa (1983) p. 384.
[28] Rodríguez (2005) p. 17.
[29] Rodríguez (2006) p. 24.
[30] Otero (2006) p. 32.
[31] Otero (2006) p. 32.
[32] Rossel (1992) p. 71; Vergara (1986) p. 84.
[33] Vergara (1986) p. 83.
[34] Esto no es así sólo para los AI. Se ha dicho que en general la independencia de todos los jueces se ve afectada cuando hay grupos políticos estables que duran muchos años en el poder, ya que naturalmente las Cortes tienden a aliarse con la configuración política. FEREJOHN (1999) p. 383. Esto podría

pecto de las Cortes de Apelaciones), entonces la posibilidad de "remoción" de un AI leal al Ejecutivo será normalmente cada cuatro años (la duración del período presidencial), cuando se produce el momento de cambio de Gobierno. En el caso de los AI de la Corte Suprema, esta situación se altera, ya que su período en el cargo es mayor. Necesariamente dos períodos de un AI de la Corte Suprema coincidirán con dos períodos presidenciales, por lo que la probabilidad de reelección de este AI dependerá de Jefes de Estado diferentes. En ambos casos, una continuidad en los Gobiernos de la misma coalición dentro del Ejecutivo debiera incrementar las posibilidades de un AI leal de ser reelecto. De esta manera, la capacidad del Ejecutivo de disciplinar a los AI es sensible a la probabilidad de que un Gobierno de la misma coalición continúe en el poder. En cualquier caso, nunca será irrelevante a qué coalición política pertenece el Presidente de la República en el momento en que corresponda evaluar la continuidad de un AI. De allí que la crítica por la (in)dependencia siempre esté presente.

En la sección 2 demostraremos que todos los jueces (ministros y AI) tienden a ser favorables al Fisco, pese a que en estos últimos parece acentuarse más el voto favorable al interés fiscal. Una buena hipótesis de trabajo sería que los AI privilegian más el interés fiscal debido al diseño institucional en el que se insertan, aunque si se considera que los ministros también tienden a ser favorables al Fisco, teniendo un sistema diferente, entonces la hipótesis no quedaría demostrada de manera concluyente por los números.

Otra crítica (iii) sostiene que los AI tienen conflictos de interés[35]. En efecto, los AI cuyas firmas de abogados continúan practicando ante la Corte que sirven, se encuentran en una compleja situación[36].

Si bien los AI no pueden conocer de causas que patrocinan, porque se configuraría una causal de recusación (art. 198 COT) que podría dar lugar a la nulidad de la sentencia[37], este problema sigue estando presente respecto de aquellas causas que no patrocinan, razón por la cual se podría pensar que esta causal de recusación no es suficiente, ya que "aunque se prohíba al abogado integrante ejercer la profesión ante la misma Corte, no puede extenderse esta prohibición a los abogados que trabajan en el mismo estudio, y la experiencia nos dice que la influencia de estos últimos es notable"[38]. Lo anterior no obsta, sin embargo, a que las partes puedan solicitar la procedencia de una causal

explicar en gran medida los resultados que observaremos en la segunda sección de este trabajo.

[35] Vaughn (1992) p. 587; Fundación Jaime Guzmán (2011) p. 5.

[36] Esta crítica ha sido brevemente desechada por Aburto (2001) p. 223, para quien este problema no se genera automáticamente.

[37] Ver antigua jurisprudencia citada por Rossel (1992) pp. 97-98. Sobre una explicación de esta causal en sus inicios, ver Álvarez (1923) pp. 23-24.

[38] Valenzuela (1991) p. 55.

de implicancia o recusación perteneciente al régimen general aplicable a los jueces.

Esta situación de un posible conflicto de interés, les resta independencia a los AI, además de crear "suspicacias en cuanto al ejercicio de influencias"[39]. Lo anterior dejaría a los AI en una "situación privilegiada respecto de los colegas contendores cuando se enfrentan a ellos en los tribunales"[40], razón por la cual sería irrelevante que ellos se recusaran para conocer como jueces de ciertas causas en que tengan interés. Su conflicto sería permanente.

Lo anterior ha hecho levantar dudas de transparencia[41], y ha llevado a la Corte Suprema a extender la prohibición de no patrocinar causas a no ejercer la profesión ante el tribunal que integra, en términos más generales, cuestión que se tendrá presente en la formación de nóminas y ternas para los nombramientos respectivos[42]. Por otra parte, esta crítica (unida a la acusación de falta de independencia respecto del Ejecutivo) ha hecho decir a un grupo de magistrados que los AI violan el derecho a "ser juzgado por jueces independientes e imparciales"[43].

El problema del conflicto de interés puede ser parcialmente abordado mediante reformas, pero probablemente ninguna será completamente eficaz si no dispone algún tipo de exclusividad de la función del AI, unida a un tiempo de servicio más largo. Este tipo de reformas, sin embargo, no solucionan el problema de la inconstitucionalidad y de la falta de independencia respecto del Poder Ejecutivo.

Finalmente (iv), encontramos otro tipo de crítica que, aunque no es tan frecuente en la literatura, parece interesante desde la perspectiva de la buena política pública en materia judicial. Ella sostiene que con el régimen de AI se afecta el profesionalismo judicial[44], ya que su "carácter temporal y transitorio no los vincula, de manera real y efectiva, al Poder Judicial"[45]. Se trataría de abogados que no son funcionarios de carrera ni pretenden seguir una carrera[46], y sus prioridades profesionales estarían centradas (en la mayoría de los casos) en el ejercicio de la profesión de abogado.

[39] Valenzuela (1991) p. 55.
[40] Valenzuela (1991) p. 51.
[41] Mensaje proyecto de ley que "suprime los abogados integrantes, los fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones y el Fiscal Judicial de la Corte Suprema" (boletín N° 7515-07); Asociación Nacional de Magistrados de Chile p. 3.
[42] Corte Suprema, Acta N° 29-2012, "instrucciones a los señores abogados integrantes de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones del país", 24 de mayo de 2012.
[43] Asociación Nacional de Magistrados de Chile p. 3.
[44] Gálvez (1987) p. 77.
[45] Vergara (1986) p. 83; Asociación Nacional de Magistrados de Chile p. 3.
[46] Barría (1991) p. 52.

La validez de esta crítica dependerá de la valoración que se posea respecto de la carrera judicial, la que se encuentra en tensión con la justificación del sistema de AI basada en el aporte de la experiencia externa a la judicatura.

1.4. Consecuencias de las críticas en la regulación de los AI

Las críticas sintetizadas en el apartado precedente han dado lugar a una serie de consecuencias, que podemos clasificar en tres grupos. En primer lugar (i), se puede observar un grupo de proyectos de ley que se han presentado al Congreso. Uno de ellos perfecciona el régimen de los AI[47]; otro les prohíbe el ejercicio de la profesión[48]; un tercero dispone una nueva causal de recusación[49], y otro grupo de proyectos proponen eliminar los AI[50]. De todos los proyectos de ley presentados, tal vez el más importante es uno presentado por el Ejecutivo que, siendo reciente y contando con el apoyo de la propia Corte Suprema, elimina los AI de manera definitiva[51-52].

En segundo lugar (ii), la crítica contra el sistema de los AI ha tenido algunas consecuencias legislativas exitosas. Así, por ejemplo, (a) la Ley 19.810, de junio de 2002, dispuso que las salas de las Cortes de Apelaciones no deben funcionar con mayoría de AI; y (b) se eliminaron los AI del TC y se sustituyeron por un régimen de "ministros suplentes", cuestión que fue declarada constitucional por el propio TC[53]. Aunque la manera en que estos AI eran nombrados difería sustancialmente del sistema que analizamos en este trabajo[54], cabe hacer presente que, antes de la reforma a dicha ley, los argumentos constitucionales que cuestionaban la institución de los AI en el TC eran similares a aquellos que se utilizaban respecto de los AI de los tribunales superiores de justicia. En efecto, se sostenía que los AI del TC no tenían asidero en el texto

[47] Proyecto de ley que "regula abogados integrantes". Boletín N° 2950-07.

[48] Proyecto de ley que "prohíbe ejercicio de la profesión a los abogados integrantes". Boletín N° 6802-07.

[49] Proyecto de ley que "Dispone una nueva causal de recusación para abogados integrantes". Boletín N° 5672-07.

[50] Proyectos de ley contenidos en los boletines 2059-07; 5285-07; 6896-07.

[51] Proyecto de reforma que "suprime los abogados integrantes, los fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones y el Fiscal Judicial de la Corte Suprema". Boletín N° 7515-07. El apoyo de la Corte Suprema no fue total, ya que el oficio da cuenta de algunos reparos y de votos particulares. Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema apoyó en general la supresión de los AI. Corte Suprema, Oficio N° 84-2011, Informe Proyecto de Ley, 19-2011, Boletín N° 7515-2007, 3 de mayo de 2011.

[52] Llama la atención que este proyecto de reforma haya sido presentado por el Ejecutivo, el principal beneficiario de la institución de los AI. Fundación Jaime Guzmán (2011) p. 2.

[53] Sentencia del TC, rol N° 1288, de 25 de agosto de 2009, sobre control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del TC.

[54] En el proceso de nombramiento de los AI del TC no participaba el Ejecutivo, sino que el propio TC. Lo anterior hace que la crítica sobre la independencia no sea enteramente igual. Por eso, y como se indicará, probablemente los argumentos más equivalentes descansen solamente en la compatibilidad de la ley con el texto de la Constitución.

constitucional[55], que la Constitución no ha delegado en nadie la facultad para investir otros miembros del TC[56], y que sus miembros designados carecían de legitimidad[57].

En tercer lugar (iii), el cuestionamiento contra los AI ha tenido impacto dentro de la propia Corte Suprema, la que ha intentado atenuar los problemas de la regulación existente mediante algunas medidas concretas, como (a) extender a los AI la obligatoriedad de declarar intereses y patrimonio que rige para los ministros de la propia Corte[58]; e (b) instruir que los AI no ejerzan la profesión ante los tribunales en que están designados[59].

2. Lo que aportan los números

Como lo adelantamos, en esta sección analizaremos de manera empírica si el argumento que cuestiona la independencia de los AI respecto del Ejecutivo tiene o no algún asidero. Los datos que presentaremos no evalúan la validez de las justificaciones de los AI, ni las otras críticas, sino sólo la vinculada con el argumento de la (in)dependencia de los AI respecto del Ejecutivo[60].

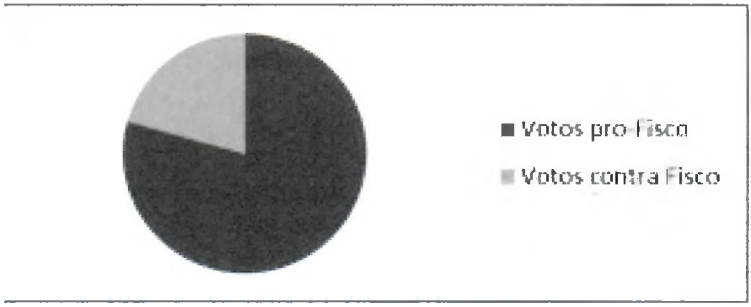
Para examinar si los AI se ven influenciados por el Poder Ejecutivo, tomamos todas las sentencias donde el Fisco ha sido parte. Elegimos al Fisco por ser el principal órgano del Ejecutivo (Administración centralizada), siendo el más dependiente del Presidente de la República, que es en definitiva quien tiene la facultad de nombrar y reelegir los AI. Elegimos casos sobre indemnización de perjuicios (de cualquier naturaleza), ya que estos permiten identificar un claro y probablemente indiscutible interés pecuniario del Fisco. Además, sólo consideramos los casos donde hubieran participado AI, eliminando aquellos donde hubieran participado sólo ministros titulares (o fiscales judiciales)[61]. Enfocamos nuestro estudio en las sentencias de la tercera sala de la Corte Suprema (la sala constitucional), ya que probablemente es el órgano judicial más relevante para el interés fiscal, donde se resuelve un importante número de casos relativos a lo contencioso-administrativo. En el estudio de las causas que conoce dicha sala esperamos encontrar muchas sentencias sobre la materia que seleccionamos (indemnización de perjuicios donde el Fisco es parte).

[55] Núñez (1998) p. 212; Nogueira (2004) p. 70.
[56] Núñez (1998) p. 212; Nogueira (2004) p. 74; Nogueira (2005) p. 139.
[57] Núñez (1998) p. 213.
[58] Un auto acordado les hace aplicable el art. 323 bis y 323 bis A del COT. Corte Suprema, Acta N° 114-2012, "auto acordado sobre declaraciones juradas de magistrados, funcionarios judiciales, auxiliares de la administración de justicia y abogados integrantes", 10 de septiembre de 2012.
[59] Corte Suprema, Acta N° 29-2012, "instrucciones a los señores abogados integrantes de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones del país", 24 de mayo de 2012.
[60] Si bien en esta sección se explica brevemente la metodología empleada, estas explicaciones deben entenderse complementadas con los anexos I y II que se insertan al final de este trabajo.
[61] Para una lista completa de los casos, ver anexo II.

Debido a que la base de datos disponible es relativamente reciente, decidimos enfocarnos en todas las sentencias dictadas entre los años 2005 y 2011, considerando todos los ministros y Al que participaron en ellas[62]. Dentro de ese período, encontramos 18 ministros titulares, de los cuales 8 participaron en 10 o más causas; y 25 Al, de los cuales 6 participaron en 10 o más causas.

Lo primero que hay que advertir es que, en términos generales, la tercera sala suele dictar sentencias favorables al Fisco. En efecto, de las 92 sentencias analizadas, 73 son favorables a él y 19 son desfavorables al interés fiscal.

Gráfico N° 2
Sentencias favorables y desfavorables al Fisco[63]



Lo anterior significa que un 79% de las sentencias son favorables al Ejecutivo. En general, se observa una probabilidad alta de éxito del interés fiscal y una baja probabilidad de ganancia por parte de quienes litigan contra el Fisco. Esta alta cifra puede tener múltiples explicaciones (compatibles o excluyentes entre sí), algunas relacionadas con el tipo de litigante que es el Fisco, la influencia que el Ejecutivo tiene en la judicatura en general, la impericia de litigantes particulares, la normal tasa de rechazo de recursos[64], y/o la predisposición en que se encuentran los jueces en causas donde hay interés fiscal, entre otros motivos relacionados.

[62] Ver la nómina de ministros, Al y fiscales judiciales que participaron y el número de casos en que intervinieron, en el anexo I. Se utilizó la base de datos disponible en www.poderjudicial.cl. Hacemos presente que probablemente esta base carece de niveles altos y comprobados de universalidad. Por ello, la veracidad de la información puede asociarse al hecho de que nosotros (los investigadores) no tuvimos control alguno respecto de los datos que recibimos, y a que estos datos son proporcionados de manera pública, de fácil acceso, y por un canal oficial, lo que hace fácilmente replicable nuestro estudio.

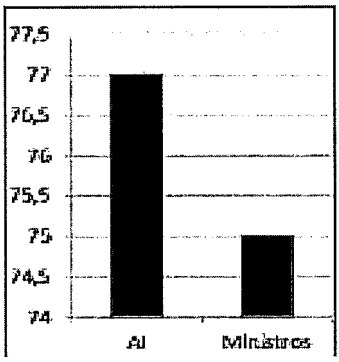
[63] Fuente: elaboración propia con información extraída de nuestra base de datos. Ver anexos.

[64] Cabe hacer presente que del total de casos analizados, 31 se iniciaron por recursos del Fisco y 60 por otros recurrentes particulares. Un caso restante se inició por recursos presentados por ambas partes. Si se demuestra que, en general, la Corte Suprema tiene una tendencia a rechazar recursos, entonces la variable de que el Fisco sea parte puede volverse irrelevante. Ello se debe a que el porcentaje de litigantes perdedores que no representan el interés fiscal es sólo un poco más bajo que el porcentaje de causas donde ganó el interés de dichos litigantes particulares.

Si revisamos el total de preferencias individuales (ya sea que pertenezcan a la mayoría o a un voto particular de minoría) dadas por todos los ministros titulares en estos 92 casos, veremos un total de 319 votos. De este total de votos, un 75% son favorables al Fisco y poco más de un 24% son desfavorables al interés fiscal, dando probable cumplimiento a la creencia que dice que los jueces tienden a colaborar con el poder político en términos generales[65]. Puede inferirse, entonces, que los ministros titulares son, en general, favorables al Fisco, pero no tanto como el total de las sentencias dictadas (79%), donde se observa una diferencia de 4% que se explica por los votos individuales de los jueces que no son ministros, esto es, los AI y, en su caso, los fiscales judiciales[66].

En cuanto a los AI, encontramos un total de 138 preferencias individuales manifestadas en estas sentencias. De ellas, un 77% son favorables al Fisco y un 23% son desfavorables al interés fiscal. Se observa una diferencia de tan solo 2 puntos porcentuales respecto de los votos de los ministros titulares, cuestión que no parece significativa.

Gráfico N° 3
Porcentaje de votos favorables al interés fiscal[67]



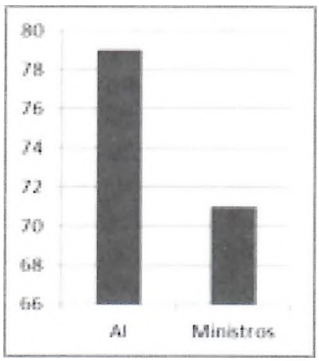
Esta diferencia no parece demasiado grande como para concluir que los AI son más dependientes del Ejecutivo que los ministros. Perfectamente podrían buscarse explicaciones alternativas a las diferencias en el diseño institucional (como el tener conflicto de interés, o la formación académica, por ejemplo). Sin embargo, un análisis más profundo no debiera focalizarse en todos los ministros y AI que han votado en la sala correspondiente en el período estudiado, ya que varios

[65] Si esto es cierto, se vería probablemente fortalecido por la existencia de una coalición política que permaneció 20 años controlando el Poder Ejecutivo (la Concertación de Partidos por la Democracia).
[66] En realidad, la injerencia de los fiscales judiciales es muy baja, casi irrelevante. De los 92 casos analizados, sólo encontramos 3 votos: 2 favorables al Fisco y uno desfavorable.
[67] Fuente: elaboración propia con información extraída de nuestra base de datos. Ver anexos.

de ellos sólo integraron la sala de manera temporal. Por eso, hemos preferido centrarnos en el análisis de aquellos jueces que han votado en 10 o más ocasiones en el tipo de causa que es objeto de este estudio. Dentro de ellos, encontramos casos particulares interesantes, donde vemos posiciones más extremas que la media. Así, por ejemplo, hay un AI cuya votación favorece en un 100% al Fisco, en circunstancias que el ministro más leal al Ejecutivo sólo tiene un 85%[68].

Si sólo consideramos los AI y los ministros que han participado 10 o más veces en el tipo de sentencia que estamos analizando, la diferencia de favorabilidad hacia el Fisco crece.

Gráfico N° 4
Porcentaje votos favorables al interés fiscal de ministros y AI que tengan 10 votos o más[69]



Mientras en el caso de los AI se observa un 79% de votos favorables al Fisco, en el caso de los ministros titulares sólo se constata un 71%, diferencia que parece relevante.

De acuerdo a estos datos, un voto de un AI considerado en el estudio tiene más probabilidades de ser favorable al Fisco que uno de un ministro titular. ¿Es ello indicativo de que los AI tienen una predisposición hacia el Ejecutivo que los ministros no tienen?

Si todos los jueces tienen esa predisposición, entonces alguien podría argumentar que sería inútil buscar las causas en los diferentes diseños institucionales sobre su nombramiento, duración en el cargo y posible renovación. En realidad,

[68] Ver anexo I. También resulta interesante corroborar si algunos prejuicios de la doctrina se condicen con la realidad en el comportamiento de votación. Así, por ejemplo, el ministro Pedro Pierry (un conocido administrativista pro Estado) tiene un 83% de preferencias favorables al Fisco y Haroldo Brito tiene sólo un 52%.

[69] Fuente: elaboración propia con información extraída de nuestra base de datos. Ver anexo I.

lo más probable es que la predisposición que se constata tenga su origen en múltiples razones, las que pueden variar dependiendo del tipo de juez[70]. Una cuestión que sí parece evidente es que el diseño institucional de los AI tiene un nivel de impacto relevante que se mezcla con otras razones que hacen que los jueces en general tengan la tendencia a favorecer el interés fiscal[71].

3. Conclusiones

3.1. El debate teórico sobre los AI parece inclinarse en favor de los críticos al sistema de reemplazo. Las críticas han logrado impulsar una serie de reformas importantes, pero todavía no han logrado suprimir el sistema en su totalidad. Varios de los problemas de los AI pueden atenuarse mediante modificaciones legales o regulaciones desarrolladas al interior del Poder Judicial, pero ellos no desaparecerán completamente si no se busca una alternativa al régimen de reemplazo.

3.2. Esta discusión reconoce diferentes tipos de argumentos. Algunos de ellos se dirigen a la inconstitucionalidad y otros a la inconveniencia de la institución de los AI, aunque puede que ellos se confundan en la práctica, como sucede con el argumento de la (in)dependencia de los AI respecto del Poder Ejecutivo y, de una manera menos evidente, con la situación de conflictos de interés que se produce cuando hay AI que pertenecen a la Corte. Hay que constatar que el debate ha sido débil en el tratamiento de información empírica que corrobore o debilite las afirmaciones entregadas en el plano teórico (probablemente debido a la ausencia de bases de datos).

3.3. Las justificaciones a los AI han sido normalmente derrotadas en el debate. La primera de ellas (derivada de la escasez de jueces) se encuentra obsoleta y sólo persiste si se considera que la limitación de la cantidad de funcionarios judiciales es una opción constitucional (para la Corte Suprema) y legislativa (para las Cortes de Apelaciones). El resto de las justificaciones descansan en razones que no son indiscutibles, aunque pueden ser atendibles en determinados casos. De esta manera, por ejemplo, la valoración del aporte de los AI en particular

[70] Una diferencia que puede ser relevante es que el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema requiere de un acuerdo con la oposición en el Senado (la que pasa a gozar de un veto fáctico en el nombramiento). Ello incentiva la creación de "cuotas políticas" donde Gobierno y oposición acuerden generar "empates" en los nombramientos judiciales. Una vez nombrados, los ministros son inamovibles hasta que cumplan 75 años de edad (salvo por una improbable acusación constitucional). En cambio, el nombramiento de los AI no requiere del concurso de la oposición, y su duración en el cargo es limitada, lo que le permite al Ejecutivo controlar más la labor de este tipo de jueces.

[71] Entre algunas razones posibles, podría considerarse la formación jurídica de las Facultades de Derecho (aplicable a AI y ministros), la autonomía económica relativa del Poder Judicial (aplicable más a los ministros), la formación jurídica en la Academia Judicial y el aprendizaje práctico dentro de la judicatura (aplicable a los ministros), la posibilidad de recibir algún tipo de remuneración adicional de fuente fiscal (aplicable a los AI), la existencia de normas jurídicas (legales o constitucionales) favorables al Fisco (aplicables a ambos tipos de jueces), la posibilidad de ocupar algún cargo de designación política en el futuro (aplicable a los AI), etc.

parece ser aceptada en parte relevante de la literatura existente. Aunque no es un dato concluyente, los números encontrados en esta investigación muestran que los AI son un aporte muy significativo en la redacción de sentencias, lo que no es necesariamente demostrativo de un tipo de aporte en especial, aunque sí entrega razones para pensar que los AI se han transformado en jueces influyentes en el desarrollo de doctrinas jurisprudenciales.

3.4. En general, los jueces de la tercera sala de la Corte Suprema suelen votar a favor del interés fiscal en casos de indemnización de perjuicios. Ello ocurre tratándose de las preferencias de los ministros titulares y, también, respecto de los AI. Estos últimos parecen más predispuestos a votar a favor del Ejecutivo en este tipo de casos, aunque la diferencia con el comportamiento de los ministros titulares no parece demasiado significativa. Esta diferencia, sin embargo, se hace algo más grande si sólo se comparan aquellos jueces que han participado en 10 o más casos y se excluye al resto.

3.5. De lo anterior no puede inferirse de manera irrebatible que los AI de la Corte Suprema son más influenciables que los ministros cuando el interés fiscal está en juego, ya que existen otros motivos alternativos que podrían explicar la razón por la cual los jueces tienden a votar a favor del Fisco. Probablemente los diferentes motivos existentes operan en conjunto, y algunos de ellos deben tener mayor incidencia que otros.

Sin embargo, esta afirmación no puede conducir a la conclusión de que el diseño institucional de los AI carece completamente de impacto. La manera en que ellos son nombrados, el breve período de tiempo que duran en sus funciones y la forma en que son renovados se condicen con la alta tasa de votación favorable al Fisco que encontramos y, aunque puede no ser la única razón que explique lo anterior, es indicativa de que algún nivel de impacto existe.

Anexo I
Nómina de jueces y su cantidad de votos

Lista de jueces con 10 o más votos encontrados

Abogados integrantes	Total de votos	Votos a favor del Fisco (%)	Votos en contra del fisco (%)
1 José Fernández	10	60%	40%
2 Arnaldo Gorziglia	19	68%	26%
3 Roberto Jacob	11	81%	18%
4 Rafael Gómez	15	100%	0%
5 Benito Mauriz	16	93%	6%
6 Jorge Lagos	10	70%	30%
Promedio		79%	20%

Ministros

1	Ricardo Gálvez	21	76%	23%
2	María Antonia Morales	14	42%	57%
3	Adalis Oyarzún	48	85%	14%
4	Milton Juica	10	70%	30%
5	Héctor Carreño	58	79%	20%
6	Pedro Pierry	49	83%	16%
7	Sonia Araneda	53	84%	15%
8	Haroldo Brito	38	52%	47%
Promedio			71%	27%

Lista de jueces con menos de 10 votos encontrados		
Abogados integrantes		Total de votos
1	Manuel Daniel	5
2	René Abeliuk	2
3	Óscar Herrera	6
4	Fernando Castro	2
5	Hernán Álvarez	3
6	Carlos Künsmuller	2
7	Óscar Carrasco	3
8	Jorge Streeter	3
9	Juan Infante	1
10	Juan Carlos Cárcamo	3
11	Ricardo Peralta	3
12	Ismael Ibarra	6
13	Domingo Hernández	6
14	Guillermo Ruiz	5
15	Nelson Pozo	1
16	Alberto Chaigneau	1
17	Jorge Medina	3
18	Luis Bates	3
19	Patricio Figueroa	1
Ministros		
1	Domingo Yurac	4
2	Rubén Ballesteros	1
3	Jaime Rodríguez	2
4	Sergio Muñoz	1
5	Juan Araya	6
6	Patricio Valdés	3
7	Julio Torres	2

8	Guillermo Silva	4
9	Rosa Egnem	4
10	Gabriela Pérez	1
	Fiscales	
1	Mónica Maldonado	2
2	Carlos Meneses	1

Anexo II
Metodología y decisiones judiciales comprendidas en el análisis

La búsqueda de sentencias siguió los siguientes criterios:

Se dictaron por la tercera sala de la Corte Suprema.
Materia: indemnización de perjuicios.
Participó el Fisco como recurrente o recurrido.·
Período: 2005-2011.
En todas participó al menos un abogado integrante.
Se utilizó el buscador de jurisprudencia online de la Corte Suprema, disponible al público en la página web: http://www.poderjudicial.cl
La búsqueda se realizó durante el mes de septiembre de 2012.
Se excluyeron del análisis las sentencias roles 8253-2010 (en realidad no se dirigía contra el Fisco) y 4988-2006 (ambas partes recurrieron y ambos recursos fueron acogidos parcialmente, lo que hace inclasificable esta decisión).

La búsqueda arrojó 92 fallos en total: 2914-2005, 2017-2005, 5644-2004, 3828-2004, 3276-2004, 2582-2005, 5914-2005, 6049-2005, 2322-2006, 3784-2005, 2231-2006, 3711-2004, 508-2006, 5863-2005, 5625-2005, 1796-2005, 3182-2005, 4562-2005, 4279-2005, 2301-2006, 1203-2006, 2954-2006, 3250-2006, 4067-2006, 280-2006, 3458-2006, 6378-2006, 2152-2007, 1858-2007, 2511-2007, 1267-2007, 5367-2006, 514-2007, 2834-2007, 1852-2007, 6562-2006, 2152-2007, 3028-2007, 4644-2006, 3357-2008, 1974-2007, 4150-2008, 1956-2007, 5097-2007, 2801-2007, 6512-2007, 3705-2007, 3220-2007, 3437-2007, 1748-2008, 5558-2007, 4771-2007, 6758-2007, 726-2008, 1999-2008, 1498-2008, 3172-2008, 2493-2008, 3625-2008, 2249-2008, 5819-2008, 6210-2008, 4831-2008, 3910-2008, 5027-2008, 4300-2008, 5789-2010, 5138-2010, 4058-2010, 7832-2008, 6611-2008, 8106-2010, 7296-2010, 9945-2010, 102-2011, 7919-2008, 7590-2008, 1760-2009, 1289-2009, 1490-2009, 6812-2008, 7725-2008, 7147-2008, 1371-2011, 9655-2010, 2484-2009, 1881-2009, 3211-2009, 347-2009, 254-2011, 123-2009, 6289-2008.

La clasificación de los votos sentencias se realizó bajo el criterio de si ellos manifiestan una preferencia en contra o a favor del interés pecuniario del Fisco.

Esta clasificación consideró la actitud del voto de mayoría frente al recurso específico. Si el recurrente fue el Fisco, entonces acoger el recurso total o parcialmente significa estar a favor de él. Si el Fisco es recurrido, entonces acoger el recurso total o parcialmente equivale estar en contra de él. Así, por ejemplo, si la sentencia confirma la rebaja de un monto que el Fisco debe indemnizar, se considera favorable a él (caso rol 6378-2006).

Bibliografía

ABURTO, Marcos (2001) "Reformas al Código Orgánico de Tribunales" *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), vol. 209, pp. 209-229.

ALDUNATE, Eduardo (2001) "La Desconstitucionalización de la Constitución", *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), vol. XXII, pp. 17-36.

ALONSO, Pablo (2000) *Corte Suprema: 179 Años de Historia,* Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, 401 pp.

ÁLVAREZ, Armando (1923) *De la Integración de las Cortes de Apelaciones,* Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, 54 pp.

BARRÍA, Jaime (1991) *La Independencia del Poder Judicial y del Autogobierno de los Jueces,* Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, 76 pp.

BORDALÍ, Andrés (2009) "Organización Judicial en el Derecho Chileno: un Poder Fragmentado", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 36, N° 2, pp. 215-244.

CORREA, Enrique (1983) "El Poder Judicial y el Estado de Derecho", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 10, pp. 367-387.

FEREJOHN, John (1999) "Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence", *Southern California Law Review,* vol. 72, pp. 353-384.

GÁLVEZ, Ricardo (1987) "La Autonomía Judicial en Chile", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 14, pp. 69-80.

NOGUEIRA, Humberto (2004) "La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* N° 1, pp. 61-91.

NOGUEIRA, Humberto (2005) "La integración y el estatuto jurídico del Tribunal Constitucional después de la reforma constitucional de 2005", *Foro Constitucional Iberoamericano,* N° 11, pp. 136-148.

NÚÑEZ, Manuel (1998) "Sobre la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional Chileno", *Revista Chilena de Derecho,* número especial, pp. 211-215.

Otero, Miguel (2006) "Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia", *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), vol. 14, pp. 25-42.

Rodríguez, Pablo (2005) "Subordinación del Poder Judicial", *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), vol. 11, pp. 11-24.

Rodríguez, Pablo (2006) "¿Hacia el Gobierno de los Jueces", *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), vol. 14, pp. 9-24.

Rossel, Patricio (1992) *Los Abogados Integrantes,* Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 136 pp.

Valenzuela, Eugenio –coordinador– (1991) *Proposiciones para la Reforma Judicial* (Santiago, Centro de Estudios Públicos) 395 pp.

Vaughn, Robert G. (1992) "Proposals for Judicial Reform in Chile", *Fordham International Law Journal*, vol. 16, pp. 577-607.

Vergara, René (1986) "Abogados Integrantes. Su modificación", *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), vol. 180, pp. 83-84.

Otros

Asociación Nacional de Magistrados de Chile, Informe sobre los proyectos sobre supresión de los abogados integrantes y traspaso de fiscales judiciales a ministros de Corte de Apelaciones (Boletines 7514-07 y 7515-07).

Corte Suprema, Oficio N° 84-2011, Informe Proyecto de Ley, 19-2011, Boletín N° 7515-2007, 3 de mayo de 2011.

Corte Suprema, Acta N° 29-2012, "Instrucciones a los señores abogados integrantes de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones del país", 24 de mayo de 2012.

Corte Suprema, Acta N° 114-2012, "auto acordado sobre declaraciones juradas de magistrados, funcionarios judiciales, auxiliares de la administración de justicia y abogados integrantes", 10 de septiembre de 2012.

Fundación Jaime Guzmán (2011) "Supresión de fiscales judiciales y abogados integrantes", *Ideas y Propuestas*, N° 75, 6 pp.

Mensaje proyecto de ley "Suprime los abogados integrantes, los fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones y el Fiscal Judicial de la Corte Suprema". Boletín N° 7515-07.

Proyectos de ley referidos a los boletines N° 7515-07; 2950-07; 6802-07; 5672-07; 2059-07; 5285-07; 6896-07.

Tribunal Constitucional, sentencia rol N° 1288, de 25 de agosto de 2009

La protección ambiental en el ámbito constitucional

Jorge Luis Varela Del Solar
Profesor de postgrado
Universidad del Desarrollo
Master en Derecho Público
Doctor en Derecho Internacional Ambiental

Resumen: Los fines del desarrollo sustentable y de la protección ambiental, como uno de sus elementos, se han incorporado gradual y progresivamente en los textos constitucionales de los países, en atención a considerarse metas de Estado cuya consecución se obtiene a través de las más óptimas y pertinentes herramientas de política pública. En este artículo se describen las diferentes fases o etapas por las que los derechos y deberes de las personas, en materias de desarrollo sustentable y protección ambiental, se han ido perfilando y consolidando en las Constituciones de las Américas, hasta llegar a una fase avanzada, en la que hoy nos encontramos, por la que los mecanismos jurídicos y de política pública reconocen y ejecutan tales derechos y obligaciones, con el máximo rango que el orden jurídico puede brindar a tales apreciados bienes sociales.

***

Principios fundamentales inspiradores de la sostenibilidad constitucional

El desarrollo sostenible (o sustentable, como se le denomina en su dimensión estrictamente económica) se origina, como tal, a finales de la década del 80, en el ámbito de las naciones. Sin embargo, fue mucho antes que los fundamentos directos del desarrollo sostenible emergieron, por impulso directo de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).

Sin embargo, ya hacia 1972, de los mismos antecedentes que dieron lugar a la Declaración de Estocolmo, sobre Medio Ambiente Humano, se comenzaba a plasmar esta noción, que llega a su punto de madurez en el seno de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo. En ella se reconoce que la humanidad tiene la habilidad de "producir" un desarrollo que sea consistente con la utilización racional de su capital natural, a través de patrones ordenados y equilibrados de producción y consumo. Esta finalidad tiene aspiración de gozar de rango jurídico máximo; esto es, constitucional.

Los elementos sobre población y recursos humanos, seguridad alimentaria, protección de los ecosistemas, energía sostenible, producción de más con menos (en la industria), la paz y la seguridad mundiales, la equidad social, las reformas jurídicas y el desafío de los crecimientos urbanos se encontraron en la misma base de la concepción de la sostenibilidad desde sus inicios, como componentes valóricos de máximo amparo jurídico.

De lo anterior se deduce que el desarrollo sustentable tiene una doble naturaleza –desde la perspectiva legal– de ser derecho y deber simultáneamente.

En lo que se refiere al instrumento jurídico que ha de ser depositario de tales criterios, rápidamente se llegó a la conclusión lógica, por parte de la comunidad legal mundial, que aquél debía ser la Constitución, como herramienta jurídico-política básica y fundamental para plasmar los principios, derechos y deberes principales del ser humano en comunidad.

El desarrollo sostenible constituye la premisa mayor y fundamental de la política ambiental de un país, toda vez que ordena los medios en torno a los fines deseados y por ello no existe otro instrumento jurídico más adecuado para plasmarlo que en la Constitución.

Más aún, la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), que en nuestro país se encuentra en plena implementación, estará basada en ajustar o conformar las políticas públicas a los fines del desarrollo sustentable, según lo ordenado por la Ley 19.300 Consolidada, sobre Bases del Medio Ambiente.

En este contexto, la EAE también tiene aspiración temática de plasmarse en el ámbito constitucional, lo que probablemente (en nuevas Constituciones o reformas a ella) dé lugar a lo que más adelante denominamos las fases o etapas de la constitucionalización de los fines de la protección ambiental (o de control de la contaminación) o de los fines ecológicos (o de resguardo de los recursos naturales y de los ecosistemas). La EAE podría encarnarse en la Fase 7 de dicho proceso.

Es en esta evolución que, desde comienzos de la década del 90, los países de las Américas han transitado, periódica pero firmemente, hacia un derecho del desarrollo sustentable, en el ámbito de sus Constituciones.

Así como la década de los 80 se caracterizó por el inicio de una fuerte corriente hacia el reconocimiento constitucional de los derechos humanos, tanto en derechos sustantivos, de jerarquía normativa e interna del Estado, de grado superior, como en instrumentos jurisdiccionales para su amparo, con un rango supralegal, la siguiente se ha consagrado a los derechos humanos ambientales, que ya habían sido institucionalmente plasmados (a finales de la década de los 80) en el ámbito interamericano, en el artículo 11 del Protocolo de San

Salvador, sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

No podría haber sido de una manera diferente, dado que durante la década del 70 los Estados basaron o concentraron sus esfuerzos en la aplicación de estructuras jurídicas que daban prioridad al ejercicio y la defensa de los derechos civiles y políticos, para la comunidad internacional.

La incorporación del derecho de desarrollo sostenible en las Constituciones también ha acusado la evolución gradual de este derecho, desde una concepción estatal o de derecho-deber del Estado Nación a utilizar racional y equilibradamente su capital natural (garantizado por tratados y declaraciones internacionales), el ejercicio de un derecho difuso y colectivo (ejercicio por parte de la comunidad) hacia una concepción de derecho individual, de que las empresas y los individuos son sus titulares y corresponsables de que en la consecución del crecimiento económico existan los elementos constitutivos del desarrollo sostenible.

Ello es un reflejo, en el ámbito jurídico interno de los países, de la nueva calidad o condición jurídica de los particulares (personas jurídicas privadas) o empresas, como titulares y destinatarios directos de los derechos y obligaciones de las normas estipuladas en los instrumentos internacionales multilaterales, en materias ecológica y ambiental. Esto es un contraste radical respecto de los destinatarios o titulares de las normas internacionales de tratado, en el derecho internacional clásico, de las décadas previas a la del 90, y se trata de una de las fuentes más inmediatas de la constitucionalización de los derechos ambientales, en el ámbito interno de los países.

También esta nueva condición se revela notoriamente en la evolución constitucional del derecho-deber en estudio, a medida que las Constituciones han ido recogiendo los principios y normas internacionales en la materia y plasmándolos como elementos de derecho interno, en su rango jerárquico máximo.

Al menos desde el punto de vista de la manifestación de intenciones, la internalización de principios desarrollados por la comunidad internacional implica que los países hacen suyas esas metas y se comprometen a fortalecer su institucionalidad y a crear instrumentos políticos (de *policy*) –internos– que sean consistentes y compatibles con los principios recogidos. Esta fase típicamente interna, de los Estados, es la que aún no ha tenido plenamente lugar en los países de las Américas, incluso en aquellos que han incorporado el desarrollo sustentable como parte de su institucionalidad constitucional.

Esta es la característica más relevante de lo que se denomina el carácter no autoejecutorio del derecho internacional ambiental, desde el cual se ha impulsado el fenómeno de constitucionalización de los derechos ambientales.

Este proceso ha sido el correcto, dado que la Constitución es el instrumento de aplicación y de implementación primario y prevalente de los derechos ambientales y del desarrollo sustentable, en el ámbito interno de los países. En atención a la jerarquía suprema de los derechos ambientales y de los deberes de sustentabilidad, no compete otro vehículo de alojamiento de tales metas más que la Constitución, sin perjuicio de que su instrumentalización concreta se realice por la vía de la normativa regulatoria de rango inferior.

En una publicación anterior, en esta misma Revista Actualidad Jurídica, este autor planteó su tesis de las pirámides ambientales paralelas: la de los instrumentos normativos, en relación con la de los instrumentos de política pública ambiental.

El establecimiento de políticas definidas de protección ambiental (y no solamente de legislación o normativas), de equidad social, de seguridad alimentaria, de sostenibilidad energética y de reforma para la modernización del Estado constituyen componentes sustantivos del desarrollo sustentable y de la voluntad inequívoca de implementarlo en el ámbito interno.

Por último, desde el punto de vista jurídico o normativo, ello implica la vigilancia (sea por acción u omisión), por parte del Estado, en el cumplimiento y el resguardo integrales de los derechos y deberes enumerados en la parte dogmática de la Constitución, donde se encuentra plasmado normalmente el desarrollo sustentable como meta: sustentabilidad y resguardo del patrimonio ambiental, como elementos legitimantes de las restricciones al derecho de propiedad a través de la aplicación del principio constitucional de orden público económico "función social del dominio" o "función ecológica de la propiedad", como se le denomina en el constitucionalismo comparado.

En lo que se refiere a la protección del ambiente o instrumentos de política pública para evitar la contaminación, más allá de los parámetros (económica, legal y socialmente) tolerables, la obligación del Estado es abstenerse de conductas contaminantes, esto es, obligaciones de inacción; por contraste, en lo que se refiere a la protección del capital natural o los recursos naturales de un país (esto es, la ecología), el Estado tiene la obligación, por acción (obligación pública de hacer), de velar por la integridad y la preservación, con sostenibilidad, del patrimonio natural, o, como la Constitución chilena lo denomina, con impropiedad técnica o desprolijidad en su lenguaje, "la conservación del patrimonio ambiental", queriendo significar el patrimonio ecológico.

En suma, el Estado tiene obligaciones positivas, por acción, en la consecución de las políticas públicas que garanticen el derecho y el deber al desarrollo sostenible (sustentable) o utilización, explotación, manejo y gestión del capital natural.

El desarrollo sostenible es una tarea de responsabilidad social y constitucional del Estado Nación (comunidad) y no solamente del Estado Gobierno. La responsabilidad social de la empresa (RSE) es una forma concreta en que ésta ejecuta políticas (internas y respecto de su entorno) para satisfacer nuevas demandas de desarrollo sustentable. Es la forma en que la comunidad empresarial cumple con su deber y ejecuta su derecho al desarrollo sostenible, dado que los componentes integrales de la empresa se conjugan para beneficiarse de condiciones presentes, velando por la integridad de los recursos de las generaciones por venir y de las necesidades futuras.

El desarrollo sostenible, como ejercicio de un nuevo derecho-deber constitucional individual o de las comunidades (y no solamente del Estado) se manifiesta a través de la práctica del principio precautorio, uno de los más relevantes del derecho ambiental contemporáneo y que se encuentra presente en los más importantes tratados ambientales ratificados por los países de las Américas, así como en las declaraciones sobre medio ambiente y desarrollo sostenible.

El principio precautorio está en la esencia de los instrumentos preventivos de la contaminación y orienta todas las acciones de los seres humanos (de cualquier naturaleza que ellas sean), incorporando en ellas criterios de balance, precaución y debido cuidado en el uso y deleite de los recursos de la naturaleza, así como conductas precautorias que están voluntariamente sometidas a nuevos hábitos de conciencia sobre la constricción al derroche irracional de tales recursos.

El principio o criterio precautorio es el instrumento de la sustentabilidad que permite la aplicación de la máxima de ésta: la ausencia de evidencia no es evidencia de ausencia, significando que no existe meta ambiental alguna que no sea legitimada por los objetivos del desarrollo sustentable, para los que la Constitución es la avenida adecuada de implementación.

El principio precautorio, más aún, sirve como fundamento legislativo para suplir normas legales donde no las hay, en cuanto imprime el sello de prevención ambiental en las conductas humanas y hace incompatible con tales hábitos colectivos (de sustentabilidad) la legislación promulgada que solamente induce a la explotación del capital natural y no a su uso equilibrado. De allí se deriva que es posible encontrar normativa de sustentabilidad en las Constituciones del hemisferio, sin que expresamente ella sea mencionada por su nombre.

Paralelamente al principio precautorio, el principio contaminador pagador, que inspira y contiene las normas sobre compensación, por el daño ambiental producido, restablece el equilibrio perdido, que es una consecuencia directa de conductas insostenibles o llevadas a cabo sin consideración económica alguna por el valor agregado del capital natural y su uso.

En otras palabras, el principio contaminador pagador también se plasma en los ámbitos internacional (tratados ratificados) y Constituciones varias, de una manera oblicua, al contemplarse mecanismos de defensa públicos y de resguardo del patrimonio natural del país, dentro de la normativa ambiental. Este principio también satisface, de alguna manera, los requerimientos de la sostenibilidad, pero lo hace muy tarde, una vez que el daño al capital natural ya se ha producido, por lo que no constituye una herramienta eficaz en el mundo de la sustentabilidad, la que es esencialmente preventiva y precautoria.

Por último, un instrumento de la sostenibilidad que la política de Estado debiera contemplar en el ámbito constitucional (y que no se encuentra expresamente plasmado en ellas) es la EAE (Evaluación Ambiental Estratégica), que impone a los órganos del Estado, como componente fundamental de la sostenibilidad preventiva, la obligación de incorporar los potenciales impactos ambientales negativos y efectos adversos en los recursos naturales del país, las políticas, planes y programas gubernamentales.

Fases o etapas de constitucionalización de la sustentabilidad: incorporación a un marco regulatorio

Reconocemos diferentes etapas de evolución en la materialización de los derechos de la sostenibilidad (y ambientales), en el ámbito constitucional, dentro de los países de las Américas, excluyendo los Estados Unidos y Canadá, así como también de algunos Estados-islas exiguos, del Caribe, que no son considerados parte del sistema interamericano, mas sí de Naciones Unidas.

En efecto, hasta el presente hemos identificado seis fases en dicho proceso evolutivo, lo que hemos denominado la cristalización de los nuevos derechos hacia el pleno ejercicio jurídico del siglo XXI (como el de desarrollo sustentable y el de los derechos ambientales más modernos e individuales) en las Constituciones.

Algunas de las Constituciones de los países del hemisferio se repiten, en el recuento que se ofrece más adelante, debido a que contenían (en una versión original o normas constitucionales pasadas) alguna normativa básica de salud ambiental, importante para la evolución que se describe, de conservación de los recursos naturales o de protección al ambiente y que, luego, una o más de ellas fue modificada o modernizada, con arreglo a los parámetros de evolución regulatoria que acá se sugieren. No se han considerado, en las fases evolutivas sucesivas, las Constituciones hemisféricas que no contienen normativa alguna expresa, en la materia en estudio, sin perjuicio de que existen procesos de reforma constitucional encaminados en varios países del hemisferio.

Las fases de la constitucionalización de los derechos ambientales y al desarrollo sustentable son las siguientes:

A. Primera Fase, de la década del setenta. **Las Constituciones basadas en la salud pública y su derecho-deber.**

En ellas se encuentran las siguientes Constituciones:

Jamaica (1962),
Panamá (1972),
Cuba (1976),
Perú (1979) y la nueva de
Cuba (2002), la que también está en Fases 2 y 5, por su evolución constante.

B. Segunda Fase, de la primera mitad de la década del ochenta. **Las Constituciones basadas en los derechos ambientales colectivos.**

En ella se consideran las siguientes Constituciones:

Guyana (1980),
Chile (1980),
Honduras (1982),
El Salvador (1983),
Ecuador (1984),
Guatemala (1985) y
Cuba (2002).

C. Tercera Fase, de la última parte de la década del ochenta. **Las Constituciones basadas en los derechos ambientales individuales.**

En ella están las siguientes Constituciones:

México (1987),
Haití (1987),
Nicaragua (1987),
Brasil (1988),
Colombia (1991) y
Costa Rica (1994).

D. Cuarta Fase, de la década de los noventa. **La Constitución basada en el derecho a la vida y su calidad.**

Constitución de Paraguay, de 1992.

E. Quinta Fase, de preparación para el siglo 21. **Las Constituciones del desarrollo sustentable.**

En ella se consideran las Constituciones de:

Guyana (1980),
Panamá (1983-1994),
Perú (1993),
Argentina (1994),
Nicaragua (1995),
Bolivia (2002), y Cuba (2002).

F. Sexta Fase. Constituciones del siglo 21. **Las Constituciones de la sustentabilidad como derecho y deber en la responsabilidad social empresarial y en la participación de los habitantes**

Constituciones de:

Ecuador (1998),
Venezuela (1999),
El Salvador (2000)
y Uruguay (2004).

Es probable que nos encontremos en el proceso encaminado hacia la Fase Séptima, a través de la materialización de la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), en el ámbito constitucional. Esta es el instrumento más moderno de aplicación descentralizada, sectorial y regionalizada de política pública ambiental, para incorporar las consideraciones y variables del desarrollo sustentable, en dicha política.

La legislación chilena la contempla, en el ámbito jerárquico legislativo, en los artículos 2 i bis y 7 bis de la Ley 19.300, sobre Bases Reformadas de la Institucionalidad Ambiental. El objetivo final se lograría, sin embargo y consistente con la materia que motiva este trabajo, con su incorporación constitucional.

Constituciones sin marco regulatorio para poder sustentar derechos y deberes ambientales y de desarrollo sostenible

Existen tres Constituciones reformadas (antiguas) que en su momento (previo a las reformas) podrían haber elaborado un reconocimiento directo de tales derechos y deberes, desde lo que en derecho constitucional norteamericano se denomina "de los derechos no enumerados o de la penumbra", y que pueden ser construidos o creados constitucionalmente por cláusula analógica, no obstante que ello no ocurrió, en materia ambiental o de normativa de sustentabilidad:

Argentina (1853), Costa Rica (1949) y Uruguay (1967).

Constituciones que no contemplan de manera alguna marco regulatorio ambiental o de sostenibilidad

Ellas son las Constituciones de:

a) República Dominicana (1966)
b) Barbados (1967)
c) Bahamas (1973)
d) Grenada (1973)
e) Suriname (1975)
f) Trinidad y Tobago (1976)
g) Saint Lucia (1978)
h) Commonwealth of Dominica (1978)
i) Saint Vincent and the Grenadines (1979)
j) Belice (1980)
k) Antigua and Barbuda (1981)
l) Saint Kitts and Nevis (1983), y
m) República Dominicana (2002)

No es posible encontrar normativa de desarrollo sostenible o protección ambiental (ni aquellas que se derivan de tales, como de participación ciudadana) ni siquiera de una manera analógica.

Esta situación no es excesivamente extraña, tratándose de las Constituciones de los países del Caribe europeo, anglo o francófono (incluyendo a Belice y Suriname), los que ciertamente siguen muy de cerca las tradiciones jurídicas originarias de sus Estados colonizadores o madres (b, c, d, e, f, g, h, i, j, k y l, más arriba) dado que en éstos no existe Constitución o bien las normas de desarrollo sostenible y medio ambiente no están alojadas en ese ámbito, lo cual es una tradición derivada o surgida, predominantemente, en la cultura iberoamericana (sin perjuicio de que ella se ha extendido a otros hemisferios, tales como Asia y África).

En los Estados Unidos existen algunos estados (tales como Montana o el Commonwealth de Pennsylvania) que sí contienen normas constitucionales de protección ambiental, mas no las hay en el ámbito de la Constitución Federal de los Estados Unidos, no obstante que existe una plétora de sentencias judiciales norteamericanas, de tribunales federales, que sí reconocen la generación de derechos ambientales (en el ámbito civil), como emanados desde la penumbra constitucional.

La Constitución de Canadá, de 1982, sí tiene normas constitucionales de amparo de tales derechos y sobre el manejo y la gestión adecuados de los recursos no renovables y recursos forestales y energéticos (artículos 50 y 51).

Lo que constituye una omisión lamentable es que en la nueva Constitución de República Dominicana (2002-2003), que es una Constitución del siglo 21, no existan normas al respecto, lo cual implica una seria involución en la tendencia descrita anteriormente.

Desarrollo de las fases de constitucionalización de los derechos ambientales en vías a la maduración de un derecho-deber al desarrollo sostenible

A. Primera fase

La Primera Fase, que es muy temprana respecto de la madurez de este proceso, corresponde a aquella desarrollada en la década de los setenta. Por lo que antes se mencionó, estas Constituciones aventuran preocupaciones de naturaleza "ambiental" que son meramente responsabilidades del Estado-Gobierno (como opuesto al Estado-Nación o colectividad) y también que se encuentran solamente vinculadas directamente con derechos y deberes a la protección de la salud. También se caracteriza esta etapa por existir una propiedad indiscutida del derecho de propiedad por sobre la protección del ambiente y las metas de protección ambiental y de los recursos naturales.

No obstante lo anterior, y como lo especificaremos, la Constitución de Panamá (originaria de 1972) contiene una norma, extraordinariamente pionera, que constituye el germen de la sustentabilidad o sostenibilidad, consagrada no solamente en el ámbito constitucional, sino que en general, en texto jurídico, en el ámbito mundial, solamente igualada por algunas Constituciones de estados de los Estados Unidos, de Jordania y de Israel.

Jamaica (1962)

Artículo 18 (2) letras "i" y "k": "...Nada de lo contenido en esta sección se considerará que afecta la vigencia o aplicación de ninguna ley que contenga disposiciones para la toma de posesión o adquisición de una propiedad: cuando la propiedad constituyere una amenaza o un peligro para la salubridad pública, los animales o las plantas y para realizar, por el tiempo que fuere necesario, exámenes, investigaciones, pruebas y análisis en el caso de tierras destinadas a proyectos de conservación de suelos o de otros recursos naturales".

Esta norma contiene un temprano germen de protección ecológica, pero la finalidad es la protección de la salud y no el resguardo o explotación adecuada de los recursos naturales, propiamente tales.

Panamá (1972)

Contiene los artículos 104 (norma general) y 110 (norma especial). Con posterioridad a su promulgación, se le incorporó un capítulo ecológico completo, que es el que se describe en el detalle de la Fase 5.

Artículo 104: "En materia de salud, corresponde primordialmente al Estado el desarrollo de las siguientes actividades, integrando las funciones de privación y de curación: ...combatir las enfermedades transmisibles mediante el saneamiento ambiental".

Artículo 110: "Es deber fundamental del Estado velar por la conservación de las condiciones ecológicas, previniendo la contaminación del ambiente y el desequilibrio de los ecosistemas, en armonía con el desarrollo económico y social del país".

Esta norma del artículo 110 de Panamá (original de la Constitución de 1972 y predecesor del actual artículo 117, reformado adecuadamente, incorporado en la enmienda constitucional de 1994-95) es probablemente el primer artículo en el mundo y, definitivamente en nuestro hemisferio, que contempla la noción de desarrollo sostenible, sin nombrarla. Esto ocurre el mismo año de la promulgación de la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano (1972), que deja establecidas las tempranas bases para los componentes integrantes del desarrollo sostenible.

Artículo 114: "El correcto uso de la tierra agrícola es un deber del propietario para con la comunidad y será regulado por la ley, de conformidad con su clasificación ecológica, a fin de evitar la subclasificación y la disminución de su potencial productivo".

Cuba (1976)

Contiene los artículos 11, 27 y 39.

Artículo 11: "El Estado ejerce su soberanía sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país" (modificado por la reforma de 2002).

Artículo 27: "Para asegurar el bienestar de los ciudadanos, el Estado y la sociedad protegen la naturaleza. Incumbe a los órganos competentes y además a cada

ciudadano velar porque sean mantenidas limpias las aguas y la atmósfera, y que se proteja el suelo, la flora y la fauna".

Artículo 39: "El Estado defiende la identidad de la cultura cubana y vela por la conservación del patrimonio cultural y las riquezas artísticas e históricas de la nación. Protege los momentos nacionales y los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor histórico o artístico".

La Constitución en comento ampara la ecología y la concepción natural del ambiente. El Artículo 39 se basa casi literalmente en la Convención de Washington, de 1940, sobre las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América o WHC (acrónimo en inglés). La Constitución de Cuba es avanzada, también, para su época, y no obstante que dista de conceptualizar el desarrollo sostenible, sí ofrece instrumentos para velar por el patrimonio ecológico.

Perú (1979)

Artículos 118 a 123 (Capítulo de los Recursos Naturales). El artículo 123, que se reproduce más abajo, consagra, en términos también muy pioneros, el derecho ambiental y la base esencial para el desarrollo sustentable (en su elemento de equilibrio ecológico).

Artículo 118: "Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación...".

Artículo 119: "El Estado evalúa y preserva los recursos naturales. Asimismo fomenta su racional aprovechamiento. Promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico".

En el artículo precedente se encuentra la expresión "racional aprovechamiento" de los recursos naturales, que es una manera muy pionera, también, de identificar un relevante componente del desarrollo sostenible, cual es la utilización racional y equilibrada de los recursos.

Artículo 123: "Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental".

Nuevamente, este artículo plasma el germen del derecho al desarrollo sostenible en la Constitución del Perú de 1979. La mención a un ambiente "ecológicamente equilibrado" introduce una perspectiva holística en uno de los componentes del desarrollo sostenible, cual es la protección integral de los recursos naturales.

Cuba (Reforma Constitucional de 2002)

Nuevo Artículo 11: "El Estado ejerce soberanía: (b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país; (c) sobre los recursos naturales, tanto vivos como no vivos...".

Este artículo constituye un revés respecto del artículo 123 de la Constitución original de 1979.

B. Segunda Fase

La Segunda Fase corresponde a los derechos ambientales (derechos del medio ambiente y derechos al medio ambiente, según antes se distinguiera, en un artículo nuestro, de esta Revista) emergiendo con gran rapidez. También lo hace la noción de los derechos sociales y colectivos, con las primeras manifestaciones de la participación social como elemento esencial en el desarrollo de la protección de los recursos naturales. Para garantizar su amparo, también en esta Fase nacen los mecanismos constitucionales-jurisdiccionales de protección ambiental.

Guyana (1980)

Los artículos 25 y 36 del Capítulo II son normas de impacto ambiental directo.

Article 25: "Every citizen has a duty to participate in activities designed to improve the environment and protect the health of the nation".

Se trata de la primera disposición, en las Américas, que se refiere al derecho-deber de participación en materias ambiental y de salud.

Article 36: "In the interests of the present and future generations, the State will protect and make national use of its land, mineral, and water resources, as well as its fauna and flora, and will take all appropriate measures to conserve and improve the environment".

La Constitución de Guyana, por la disposición antes citada, es la primera cronológicamente que establece una disposición concreta de desarrollo sostenible-sustentable, con una carácter pionero extraordinario, casi una década antes de que la Comisión de las Naciones Unidas sobre Desarrollo y Medio Ambiente elaborara el concepto de "resguardo de las generaciones presentes y futuras". Guyana obtuvo esta redacción casi literalmente de la normativa en la materia de OCDE, no obstante que no es miembro de esta organización.

Chile (1980-81)

Artículo 19 N° 8: "La Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente".

Esta no es una disposición de protección del derecho de sostenibilidad o sustentabilidad, pues la Constitución chilena carece de ella, a pesar de su normativa legal sobre Función Social del Dominio y sobre la futura normativa fiscalizada, en materia de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), desde enero de 2013.

Artículo 19 N° 24: "Solo 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".

Honduras (1982)

Artículo 145: "Se reconoce el derecho a la protección de la salud. Es deber de todos participar en la promoción y la preservación de la salud personal y de la comunidad. El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas".

El Salvador (1983)

Artículos 69 y 117 son los pertinentes, sin perjuicio de que el artículo 117 se modificó, en el año 2000, incorporando plenamente el derecho al desarrollo sostenible.

Artículo 69: "El Estado proveerá los recursos necesarios e indispensables para el control permanente de la calidad de los productos químicos. Asimismo, el Estado controlará la calidad de los productos alimenticios y las condiciones ambientales que puedan afectar la salud y el bienestar".

Artículo 117: "Se declara de interés social la protección, la restauración, el desarrollo y el aprovechamiento de los recursos naturales. El Estado creará los incentivos económicos y proporcionará la asistencia técnica necesaria para el desarrollo de programas adecuados. La protección, conservación y mejoramiento de los recursos naturales y del medio serán objeto de leyes especiales."

Ecuador (1984, con reformas de 1998)

De los derechos de la persona

Artículo 19. Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

Numeral 2. el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

Guatemala (1985)

Artículo 64. Patrimonio natural.

"Se declara de interés nacional la conservación, protección y mejoramiento del patrimonio natural de la Nación. El Estado fomentará la creación de parques nacionales, reservas y refugios naturales, los cuales son inalienables. Una ley garantizará su protección y la de la fauna y la flora que en ellos exista".

Artículo 97. Medio ambiente y equilibrio ecológico.

"El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación".

Esta es una importante norma que se acerca a la estructura del desarrollo sostenible, pero que aún no lo define.

Artículo 119. Obligaciones del Estado.

"Son obligaciones fundamentales del Estado:

c) Adoptar las medidas que sean necesarias para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales en forma eficiente".

Artículo 126. Reforestación.

"Se declara de urgencia nacional y de interés social, la reforestación del país y la conservación de los bosques. La ley determinará la forma y requisitos para la

explotación racional de los recursos forestales y su renovación, incluyendo las resinas, gomas, productos vegetales silvestres no cultivados y demás productos similares, y fomentará su industrialización. La explotación de todos estos recursos, corresponderá exclusivamente a personas guatemaltecos, individuales o jurídicas.

Los bosques y la vegetación en las riberas de los ríos y lagos, y en las cercanías de las fuentes de aguas, gozarán de especial protección".

Artículo 265. Procedencia del amparo.

"Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

El amparo es la acción tutelar o cautelar preventiva que se ha diseñado para defender los derechos constitucionales de todas las amenazas, restricciones y violaciones a los mismos".

Cuba (Nueva Constitución de 2002)

Artículo 11.

"El Estado ejerce su soberanía:

b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país;

c) sobre los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica marítima de la República, en la extensión que fija la ley, conforme a la práctica internacional".

Artículo 27.

"El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país.

Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política.

Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza".

Esta es una norma anticipada de amparo del derecho al desarrollo sostenible, pero exclusivamente aplicada a los deberes del Estado-Gobierno.

C. Tercera Fase

En esta Tercera Fase emergen nuevos componentes novedosos para la evolución constitucional. Dentro de ellos están los derechos ambientales individuales, así como el concepto del equilibrio ecológico, que es la antesala al del desarrollo sustentable-sostenible, dado que comienza a aludir a una defensa integral de los recursos naturales, tanto dentro como fuera de las fronteras del país. También los derechos de petición a las autoridades, de participación comunitaria y de información o DIA (todos ellos en relación con la defensa del ambiente y del capital natural) comienzan a consolidarse lentamente.

México (1987)

Artículo 4.

"Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar".

Artículo 25.

"Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución".

Inciso 6°. "Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente".

Artículo 27.

"La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización".

"La nación tendrá, en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.

En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad".

Artículo 73. "El Congreso tiene facultad:

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

4a. Las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la Campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan.

XXIX-G. Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico".

Artículo 115.

"Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes:

III. Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales;

c) Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos".

V. "Los Municipios, en los términos de las leyes federales y Estatales relativas, estarán facultados para:

g) Participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas y en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en esta materia".

Artículo 122.

C. "El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se sujetará a las siguientes bases:

Base Primera- Respecto a la Asamblea Legislativa:

V. La Asamblea Legislativa, en los términos del Estatuto de Gobierno, tendrá las siguientes facultades:

j) Legislar en materia de planeación del desarrollo; en desarrollo urbano, particularmente en uso del suelo; preservación del medio ambiente y protección ecológica; vivienda; construcciones y edificaciones; vías públicas, tránsito y estacionamientos; adquisiciones y obra pública; y sobre explotación, uso y aprovechamiento de los bienes del patrimonio del Distrito Federal".

Haití (1987)

Artículos 36-4: "Le Propriétaire Foncier doit cultivar, exploiter le sol et le protéger notamment contre l'erosion. La sanction de cette obligation est prévue par la Loi."

Artículo 52-1.

"Civic duties are the citizen's moral, political, social and economic obligations as a hole to the State and the country.

These obligations are:

h. To respect and protect the environment".

Artículo 253.

"Since the environment is the natural framework of the life of the people, any practices that might disturb the ecological balance are strictly forbidden".

Artículo 254.

"The State shall organize the enhancement of natural sites to ensure their protection and make them accessible to all".

Artículo 255.

"To protect forest reserves and expand the plant coverage, the State encourages the development of local sources of energy: solar, wind and others".

Artículo 256.

"Within the framework of protecting the environment and public education, the State has the obligation to proceed to establish and maintain botanical and zoological gardens at certain points in its territory".

Artículo 257.

"The law specifies the conditions for protecting flora and fauna, and punishes violations thereof".

Nicaragua (1987)

Artículo 60.

"Los nicaragüenses tienen derecho de habitar en un ambiente saludable; es obligación del Estado la preservación, conservación y rescate del medio ambiente y de los recursos naturales".

Artículo 102.

"Los recursos naturales son patrimonio nacional. La preservación del ambiente y la conservación, desarrollo y explotación racional de los recursos naturales corresponden al Estado; éste podrá celebrar contratos de explotación racional de estos recursos, cuando el interés nacional lo requiera".

Artículo 106.

"La reforma agraria es instrumento fundamental para la democratización de la propiedad y la justa distribución de la tierra, y es un medio que constituye parte

esencial para la promoción y estrategia global de la reconstrucción ecológica y el desarrollo económico sostenible del país. La reforma agraria tendrá en cuenta la relación tierra-hombre socialmente necesaria; también se garantiza las propiedades a los campesinos beneficiarios de la misma, de acuerdo con la ley".

Brasil (1988)

Artículos 5 (LXXIII), 18, 23 y 170. Título VIII, Capítulo VI (Artículo 225)

Artículo 5: "Qualquer cidadáo é parte legítima para propor acáo popular que vise a anular ato lesivo ao patrimonio público ou de entidade de que o Estado participe, á moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimonio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ónus sucumbéncia".

Artículo 18: "A organizacáo político-administrativa da República Federativa do Brasil comprendee a Uniáo, os Estados, o Distrito Federal e os Municipios, todos autónomos, nos termos desta Constituiciáo: á criacáo, a incorporacáo, a fusáo e o desmembramento de Municipios preservaráo a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano...".

Artículo 23: "E competéncia comum da Uniáo, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municipios: proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais natáveis e os sítios arqueológicos; proteger o meio ambiente e combater a poluicáo em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora".

Artículo 170: "A orden económica fundada na valorizacáo do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim asegurar a todos existencia digna, conforme os difames da justicia social, observados os seguintes princípios: defesa do meio ambiente".

Artículo 225.

"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

1° - "Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".

2° - "Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei".

3° - "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

4° - "A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais".

5° - "São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturai".

Colombia (1991)

Artículo 8: "Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación".

Artículo 58: "La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica".

Artículo 67: "La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica de trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del medio ambiente".

Artículo 79.

"Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines".

Artículo 80.

"El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas".

Artículo 86.

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

"La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

Artículo 88.

"La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos".

Artículo 95: "El ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano."

Costa Rica (1994)

Artículo 45.

"La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa.

Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social".

Artículo 50.

"El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.
El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes".

D. Cuarta Fase

Esta es una Fase muy distintiva, debido a que una sola Constitución se encuentra en ella. Lo que se estimó tempranamente sería una tendencia, desde 1992 en adelante, no lo ha sido. Solamente la Constitución del Paraguay, de 1992, vincula directamente, por primera vez en el mundo de los derechos humanos, el derecho a la vida con el derecho a vivir en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. El argumento es reconocer que no existe protección a la vida si se deteriora, por causa humana, la calidad de la vida, esto es, se depredan los recursos humanos y existen fenómenos incontrolables de contaminación, que afecta la vida y la salud de los seres humanos, muy en especial (mas no exclusivamente) sobre la base del vertimiento de residuos peligrosos, las emisiones letales a la atmósfera (ozono troposférico) o del uso de químicos sintéticos y persistentes, que generan fenómenos carcinogénicos.

Paraguay (1992)

Artículo 6 - DE LA CALIDAD DE VIDA

"La calidad de vida será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes, tales como la extrema pobreza y los impedimentos de la discapacidad o de la edad.

El Estado también fomentará la investigación sobre los factores de población y sus vínculos con el desarrollo económico social, con la preservación del ambiente y con la calidad de vida de los habitantes".

DEL AMBIENTE

Artículo 7 - DEL DERECHO A UN AMBIENTE SALUDABLE

"Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado.

Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente".

Artículo 8 - DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL

"Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas.

Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos. La ley podrá extender esta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales.

El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar".

Artículo 38 - DEL DERECHO A LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS

"Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo".

Artículo 116:

"Con el objeto de eliminar progresivamente los latifundios improductivos, la ley atenderá a la aptitud natural de las tierras... así como al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la preservación del equilibrio ecológico".

Debido a este artículo es que la Constitución del Paraguay también forma parte de la Fase Cinco de la evolución, toda vez que ya la sostenibilidad o sustentabilidad queda acreditada y reconocida como deber del Estado.

Artículo 134 - DEL AMPARO

"Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la

ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. el procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley.

El magistrado tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida".

E. Quinta Fase

Se plasma en esta Fase el derecho-deber al desarrollo sostenible o sustentable, como elemento del Estado y sus responsabilidades. No nace aún la sostenibilidad como producto de interés individual o fuente de responsabilidad social empresarial.

Guyana (1980)

Véanse los números 56 y 57 de este texto, donde ya fueron citadas las normas constitucionales pioneras de Guyana, en materia de desarrollo sustentable.

Panamá (1983-1994)

Artículo 110.

"En materia de salud, corresponde primordialmente al Estado el desarrollo de las siguientes actividades, integrando las funciones de prevención, curación y rehabilitación:

2. Capacitar al individuo y a los grupos sociales, mediante acciones educativas, que difundan el conocimiento de los deberes y derechos individuales y colectivos en materia de salud personal y ambiental.

4. Combatir las enfermedades transmisibles mediante el saneamiento ambiental, el desarrollo de la disponibilidad de agua potable y adoptar medidas de inmunización, profilaxis y tratamiento, proporcionadas colectiva o individualmente, a toda la población".

CAPITULO 7°
RÉGIMEN ECOLÓGICO

Artículo 118.

"Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana".

Artículo 119.

"El Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas".

Artículo 120.

"El Estado reglamentará, fiscalizará y aplicará oportunamente las medidas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna terrestre, fluvial y marina, así como de los bosques, tierras y aguas, se lleven a cabo racionalmente, de manera que se evite su depredación y se asegure su preservación, renovación y permanencia".

Artículo 121.

"La Ley reglamentará el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, a fin de evitar que del mismo se deriven perjuicios sociales, económicos y ambientales".

Perú (1993)

CAPÍTULO II. DEL AMBIENTE Y LOS RECURSOS NATURALES

Artículo 66.

"Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal".

Artículo 67.

"El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales".

Artículo 68.

"El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas".

Artículo 69.

"El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada".

Argentina (1994)

Artículo 41.

"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarias, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

Esta Constitución sigue muy de cerca a la del Paraguay, en su letra y ámbito de protección.

Artículo 43.

"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial mas idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

"Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de false-

dad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

Nicaragua (1995)

Artículo 60.

"Los nicaragüenses tienen derecho de habitar en un ambiente saludable; es obligación del Estado la preservación, conservación y rescate del medio ambiente y de los recursos naturales".

Artículo 102.

"Los recursos naturales son patrimonio nacional. La preservación del ambiente y la conservación, desarrollo y explotación racional de los recursos naturales corresponden al Estado; éste podrá celebrar contratos de explotación racional de estos recursos, cuando el interés nacional lo requiera".

Artículo 106.

"La reforma agraria es instrumento fundamental para la democratización de la propiedad y la justa distribución de la tierra, y es un medio que constituye parte esencial para la promoción y estrategia global de la reconstrucción ecológica y el desarrollo económico sostenible del país. La reforma agraria tendrá en cuenta la relación tierra-hombre socialmente necesaria; también se garantiza las propiedades a los campesinos beneficiarios de la misma, de acuerdo con la ley".

Nicaragua fue el primer país de la América Central en legislar en materia de control y protección de pesticidas y químicos orgánicos.

Bolivia (2002)

Artículo 7.
Derechos Fundamentales

"Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales:

m) A gozar de un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y adecuado para su bienestar, resguardando los derechos de las generaciones futuras".

Artículo 19.

Recurso de Amparo Constitucional

I. "Fuera del recurso de "habeas corpus" a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de las personas reconocidos por esta Constitución y las leyes".

Cuba (2002)

(Véase la Tercera Fase)

"Constituye una constitución de desarrollo temprano de la sostenibilidad pero sin ser ella vinculada aún con las responsabilidades de los individuos y la empresas y sin derecho de participación activa".

F. Sexta Fase

La Fase 6, que es en la cual nos encontramos aún hoy (con posibilidades de mayor avance constitucional), desarrolla la sostenibilidad, la explica y la hace extensiva a constituirse en una responsabilidad y un derecho no solamente del Estado, sino que de los destinatarios del poder o los individuos, lo cual implica crear espacios constitucionales a la participación de la población, en los procesos encaminados al crecimiento económico sustentable.

Por cierto que también hace extensiva la sostenibilidad o equilibrio en el uso del capital natural a las empresas, a través de la responsabilidad social corporativa o RSE. También se incorporan los elementos más incipientes de la evaluación ambiental estratégica, como marco político-técnico sectorial, de evaluación de políticas ambientales, lo que ciertamente será desarrollado, en el ámbito constitucional, por una Fase 7 de constitucionalización de derechos y deberes ambientales.

Ecuador (1998)

Artículo 3.

"Son deberes primordiales del Estado:

3. Defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente".

Artículo 23.

"Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

6. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación. La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente".

Artículo 32.

"Para hacer efectivo el derecho a la vivienda y a la conservación del medio ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de conformidad con la ley. El Estado estimulará los programas de vivienda de interés social".

Artículo 86.

"El Estado protegerá el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice un desarrollo sustentable. Velará para que este derecho no sea afectado y garantizará la preservación de la naturaleza. Se declaran de interés público y se regularán conforme a la ley:

1. La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país.

2. La prevención de la contaminación ambiental, la recuperación de los espacios naturales degradados, el manejo sustentable de los recursos naturales y los requisitos que para estos fines deberán cumplir las actividades públicas y privadas.

3. El establecimiento de un sistema nacional de áreas naturales protegidas, que garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios ecológicos, de conformidad con los convenios y tratados internacionales".

Artículo 87.

"La ley tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u o misiones en contra de las normas de protección al medio ambiente".

Artículo 88.

"Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual ésta será debidamente informada. La ley garantizará su participación".

Artículo 89.

"El Estado tomará medidas orientadas a la consecución de los siguientes objetivos:

1. Promover en el sector público y privado el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes.

2. Establecer estímulos tributarios para quienes realicen acciones ambientalmente sanas.

3. Regular, bajo estrictas normas de bioseguridad, la propagación en el medio ambiente, la experimentación, el uso, la comercialización y la importación de organismos genéticamente modificados".

Artículo 91.

"El Estado, sus delegatarios y concesionarios, serán responsables por los daños ambientales, en los términos señalados en el Art. 20 de esta Constitución. Tomará medidas preventivas en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica de daño. Sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrá ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente".

Artículo 95.

"Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública".

Artículo 97.

"Todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades, sin perjuicio de otros previstos en esta Constitución y la ley:

16. Preservar el medio ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo sustentable".

Venezuela (1999)

Artículo 15.

"El Estado tiene la responsabilidad de establecer una política integral en los espacios fronterizos terrestres, insulares y marítimos, preservando la integridad territorial, la soberanía, la seguridad, la defensa, la identidad nacional, la diversidad y el ambiente, de acuerdo con el desarrollo cultural, económico, social y la integración. Atendiendo la naturaleza propia de cada región fronteriza a través de asignaciones económicas especiales, una ley orgánica de fronteras determinará las obligaciones y objetivos de esta responsabilidad".

Artículo 107.

"La educación ambiental es obligatoria en los niveles y modalidades del sistema educativo, así como también en la educación ciudadana no formal. Es de obligatorio cumplimiento en las instituciones públicas y privadas, hasta el ciclo diversificado, la enseñanza de la lengua castellana, la historia y la geografía de Venezuela, así como los principios del ideario bolivariano".

CAPÍTULO IX. DE LOS DERECHOS AMBIENTALES

Artículo 127.

"Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia.

Es una obligación fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley".

Artículo 128.

"El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, eco-

nómicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento".

Artículo 129.

"Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas.

En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa, la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenidas y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley".

Artículo 184.

"La ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos, promoviendo:

1. La transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. A tal efecto, podrán establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad".

TÍTULO VI
DEL SISTEMA SOCIO ECONÓMICO

Capítulo I.
Del Régimen Socio Económico y la Función del Estado en la Economía

Artículo 299.

"El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre

competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta".

Capítulo II.
De los Principios de Seguridad de la Nación

Artículo 326.

"La seguridad de la Nación se fundamenta en la correspondencia entre el Estado y la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar".

Artículo 327.

"La atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación. A tal efecto, se establece una franja de seguridad de fronteras cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, poblamiento y utilización serán regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial".

El Salvador (reforma año 2000)

Artículo 117: "Es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente para garantizar el desarrollo sostenible".

Uruguay (1967 con reformas de 1997 y 2004)

Artículo 47.

"La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contami-

nación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores".

"El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales.

1) La política nacional de aguas y saneamiento estará basada en:

a) el ordenamiento del territorio, conservación y protección del Medio Ambiente y la restauración de la naturaleza.

b) la gestión sustentable, solidaria con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general. Los usuarios y la sociedad civil participarán en todas las instancias de planificación, gestión y control de recursos hídricos; estableciéndose las cuencas hidrográficas como unidades básicas.

c) el establecimiento de prioridades para el uso del agua por regiones, cuencas o partes de ellas, siendo la primera prioridad el abastecimiento de agua potable a poblaciones.

d) el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento, deberá hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico.

Toda autorización, concesión o permiso que de cualquier manera vulnere las disposiciones anteriores deberá ser dejada sin efecto".

2) "Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico".

En suma, la evolución, gradual y progresiva, hacia la constitucionalización o consolidación constitucional de los derechos-deberes ambientales y de sustentabilidad, continúa, en las diferentes Fases de desarrollo, lo cual es consistente con el reconocimiento que los instrumentos jurídicos hacen de los mecanismos de ejercicio del poder público, otorgando certeza a dicha función, tanto desde la perspectiva de la transparencia de los órganos y detentadores del poder, en el ejercicio de sus actos, como del control del mismo, ejercido por los destinatarios del poder.

Los países comprenden, cada vez con más presencia, que no existe prioridad máxima de política pública, en materias de sustentabilidad, protección ambien-

tal y resguardo del capital natural de una nación, que no deba reconocerse y ampararse con rango constitucional y de supremacía jurídica.

No nos referimos a un instrumento parcial y limitado, como es el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, el que, fuera de ser imperfecto e impotente de otorgar soluciones verdaderas al problema ambiental (como lo demuestra la evidencia empírica, en la materia), es meramente administrativo.

Apuntamos, en cambio, a los verdaderos mecanismos sustantivos de política pública ambiental, que son los que deben tener su ejercicio y su desarrollo, desde y hacia el control constitucional de derecho público. La Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) es uno de los más relevantes de ellos y a éste (entre otros) deben ahora apuntar las constituciones de la segunda década del siglo XXI.

El aporte del derecho blando a la actividad minera en el siglo XXI: Aspectos sociales y ambientales

Raúl F. Campusano Droguett
Master en Derecho
U. Leiden, Países Bajos
Master of Arts
U. Notre Dame, USA
Profesor de Derecho Internacional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: Estos apuntes intentan reflexionar sobre aquellos aspectos sociales y ambientales que debieran estar presentes en todo diseño de un ordenamiento jurídico para la minería. Más allá de los temas tradicionales de propiedad, concesiones, servidumbres y seguridad minera, el siglo XXI genera un entorno en que las variables sociales y ambientales no pueden estar ausentes de tales diseños. Y es precisamente frente al silencio o tardanza de la respuesta legislativa tradicional que las normas de derecho blando encuentran un espacio para desarrollarse y afianzar su legitimidad sobre la base de negociaciones y acuerdos entre todas las partes interesadas.

***

1. Introducción

Desde la perspectiva de la sustentabilidad, la actividad minera ha recorrido un largo camino desde aquellas épocas en que el único indicador de resultado considerado era el margen de utilidad de sus operaciones. Existe un registro y un legado histórico, social y ambiental de la minería en virtualmente todas las regiones del planeta que da cuenta de esta aproximación y que generó distancia, desconfianza y en ocasiones abierta animosidad frente a la actividad por parte de las comunidades locales, e incluso nacionales y regionales. Son muy numerosos los ejemplos históricos de errores, desaciertos y abusos como para no hacerse cargo de este dato, sin perjuicio de la consideración, propuesta por algunos, que los procesos deben entenderse y juzgarse en su contexto histórico y social. Este es un tema de arduo debate que excede los márgenes de estos apuntes. Sea como fuere, la minería del siglo XXI dista significativamente de aquella de siglos anteriores y más allá de situaciones puntuales, es posible observar

una performance distinta que hace suyas las demandas y requerimientos de la sociedad civil y los Estados en relación con el medio ambiente y los aspectos sociales asociados a sus operaciones.[1]

Desde la perspectiva del derecho tradicional, los Estados dictan y renuevan sus legislaciones ambientales y sociales asociadas a la actividad minera. De la misma forma, también se ha desarrollado un derecho internacional de tratados relacionado con esta materia. Sin embargo, el objetivo de estos apuntes preliminares se dirige más bien al desarrollo de un significativo derecho blando (*soft-law*) que está construyendo un marco normativo blando para la empresa minera multinacional respecto de sus obligaciones sociales y ambientales.[2]

La pregunta que se intenta responder en estas páginas es sobre qué consideraciones ambientales y sociales debiera tener todo sistema legal minero para abordar en forma responsable los desafíos y requerimientos que las sociedades civiles demandan de las empresas mineras multinacionales.

Posiblemente la racionalidad detrás de estas ideas se encuentra en el concepto "Licencia para Operar" y que es tan difícil de conceptualizar en la teoría como fácil de comprender para las empresas en su relación con la comunidad y otros stakeholders relevantes. Es esta licencia para operar la que permite que la operación pueda seguir su curso de acuerdo con las planificaciones establecidas. Son numerosos los ejemplos de proyectos que no han podido seguir adelante precisamente por no contar con esta licencia para operar. Por cierto, una mirada tradicional podría objetar esta aproximación observando que la obligación de las empresas es cumplir con el ordenamiento jurídico vigente aplicable. Pero una aproximación más moderna (y pragmática, visionaría y valórica) podría entender que el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente aplicable es un piso y no un techo de la performance de la empresa.

---

[1] Estos apuntes se construyen sobre la base de mi trabajo en el MMSD, MMDA, y SDSG.

[2] Se trata de la formación de normas jurídicas (o tal vez proto-normas jurídicas) que son generadas con prescindencia de los Estados por otros sujetos de derecho internacional (como las organizaciones internacionales, pero más significativamente, por las empresas multinacionales comerciales y sus diversas formas de asociación y conversación). Más aún, en el desarrollo de estas normas está teniendo un rol importante un actor internacional que no goza de personalidad jurídica internacional (al menos no en el sentido tradicional): las organizaciones no gubernamentales. Así, actores no tradicionales se involucran en una conversación que genera ideas, principios, estándares y guías que se traducen en acuerdos que, no siendo jurídicamente vinculantes, ordenan y regulan la acción de las empresas y de otros actores con una efectividad tal que supera en ocasiones a la mejor performance de cumplimiento de un tratado internacional. Se va constituyendo así una nueva organización de ideas normativas que tiende a ser cumplida por la comunidad que participó en su formación (y que con el tiempo se expande a terceros que valoran y acogen los principios que sustentan esas ideas) y se va formando un nuevo derecho, un derecho blando (*soft law*), un derecho que parece no ser derecho desde la óptica tradicional y que, sin embargo, es entendido y practicado como derecho por los actores a cuyo respecto se ha formado. El derecho internacional del medio ambiente tiene una expresión normativa tradicional innegable. Numerosas convenciones internacionales ambientales dan prueba de ello. Pero el derecho internacional del medio ambiente no se agota en esa expresión normativa. También existe esta otra expresión de derecho blando que cada día cuenta con más expresiones y con más confirmaciones de efectividad.

2. Desarrollo sustentable y minería

La actividad minera puede ser fuente de enormes riquezas y desarrollo para todo país que cuenta con recursos mineros, pero también puede ser fuente de inequidad e injusticia, deterioro ambiental, problemas sociales y corrupción. Por ello, y para que la minería sea el ticket al desarrollo económico del país, beneficiando a todos sus habitantes y no haga daño a los ecosistemas y las personas, debe llevarse a cabo de acuerdo con los principios del desarrollo sustentable, concepto acuñado, desarrollado y consagrado en diversas conferencias e instrumentos internacionales.

Estos principios del desarrollo sustentable deben ser recogidos por el ordenamiento jurídico nacional a través de leyes y reglamentos. El conjunto de estos cuerpos legales se llama "sistema legal minero."

El objetivo de esta sección es señalar aquellas materias que debe comprender y regular el sistema legal minero de un Estado para asegurar el desarrollo sustentable. El primer aspecto a considerar es contar con un cuerpo de leyes que regulen la minería en sentido estricto. Estas leyes deben hacer posible y promover la actividad minera. Por ejemplo, en el caso de Chile, el sistema legal minero comienza en la Constitución de la República, la que protege y promueve la actividad minera.[3] Un aspecto central del sistema legal minero es determinar la forma jurídica en que los agentes privados podrán realizar actividades mineras y obtener el beneficio de tal labor. En general, en los países latinoamericanos, el Estado es el propietario de los recursos minerales, los que son entregados a través de concesiones administrativas a los particulares para que éstos los exploten.[4]

[3] Corresponde a la Ley determinar qué sustancias, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la Ley Orgánica Constitucional expresa. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha Ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. La Constitución les otorga competencia exclusiva a los tribunales de justicia para declarar la extinción de las concesiones mineras, como también para conocer de las controversias que a su respecto se promuevan. El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional del derecho de propiedad. Es decir, frente a cualquier acto u omisión, arbitraria o ilegal, que produzca privación, perturbación, o amenaza en el legítimo ejercicio de su derecho de dominio sobre la concesión minera, su titular podrá, entre otros recursos procesales, intentar la acción de protección.

[4] En el caso chileno, la concesión minera tiene características especiales. Es un derecho real que el concesionario puede ejercitar libremente. Es un bien inmueble. Constituye un derecho distinto e independiente del predio superficial; Es transferible, ya que puede ser objeto de un acto jurídico entre vivos que importe su enajenación en todo o parte; Es transmisible, al fallecimiento de su titular por sucesión por causa de muerte, sea testada o intestada; Es un derecho condicional, toda vez que el concesionario minero debe cumplir con la función social que justifica el otorgamiento de la concesión; Es divisible; Es renunciable, una parte o la totalidad de la concesión, mediante un procedimiento judicial; Es generalmente inembargable, a fin de dar estabilidad y seguridad al trabajo minero; Goza de la garantía constitucional del derecho de propiedad, consagrado en el art. 19 N° 24 de la Constitución. Duración temporal o indefinida. La concesión de exploración durará dos años, que podrán extenderse por dos años.

Una buena forma de aproximación teórica y metodológica para intentar responder la pregunta sobre qué materias debe comprender un sistema legal minero que se haga cargo de los principios y valores del desarrollo sustentable, es acudir a los hallazgos del proceso de "Minería, Metales y Desarrollo Sustentable, MMSD", posiblemente el esfuerzo de reflexión e investigación más serio y completo sobre minería y desarrollo sustentable. Este proceso incorporó aportes de la industria, gobiernos, academia, ONGs, y comunidades. Su director ejecutivo fue Luke Danielson y contó con 4 equipos regionales, 175 estudios, 23 talleres de expertos, numerosos informes técnicos y un informe final.

Todos esperan algo de la actividad minera. En efecto, lo primero que hay que entender es que la minería provoca expectativas en los diversos actores relacionados con la actividad minera. En efecto, los países esperan que el desarrollo de la minería impulse un crecimiento económico sostenido. Las comunidades locales esperan que la industria genere empleos, infraestructura y otros beneficios que contrarresten los riesgos e impactos que experimentan y, en definitiva, quedar en una mejor situación que al inicio del proyecto. Los empleados de la industria esperan contar con mejores condiciones de salud y seguridad laboral, con una mejor vida comunitaria. Los ciudadanos locales y los defensores de los derechos humanos esperan que las empresas respeten y apoyen los derechos básicos. Las organizaciones ambientales esperan un mejor desempeño y que la industria evite operar en zonas delicadas en términos ecológicos y culturales. Los inversionistas esperan mayores ingresos. Los consumidores esperan contar con productos seguros elaborados en procesos que cumplan con normas ambientales y sociales aceptables.

Por otra parte, un sistema legal minero de desarrollo sustentable debe hacerse *cargo de objetivos precisos divididos en cuatro esferas de acción: económica,* social, ambiental y de gobernanza.

a) En la esfera económica, debe propender a aumentar al máximo el bienestar humano; garantizar un uso eficiente de todos los recursos, naturales u otros, a través de una optimización de las rentas; procurar identificar e internalizar los costos ambientales y sociales; y mantener y mejorar las condiciones para la existencia de empresas viables.

b) En la esfera social, el sistema debe garantizar una distribución justa de los costos y beneficios del desarrollo entre todos los habitantes del planeta; respetar y reforzar los derechos fundamentales de los seres humanos, entre los que se incluyen las libertades civiles y políticas, la autonomía cultural, las libertades sociales y económicas y la seguridad personal; y aspirar a mantener los avances en el tiempo. Garantizar que el agotamiento de recursos naturales no renovables no afectará a las futuras generaciones, mediante la sustitución de estos recursos por otras formas de capital.

c) En la esfera ambiental debe fomentar una administración responsable de los recursos naturales y el medio ambiente, incluyendo la reparación de los daños del pasado; reducir al mínimo los desechos y los daños ambientales en toda la cadena de abastecimiento; actuar con prudencia cuando los impactos sean desconocidos o inciertos; y operar dentro de los límites ecológicos y proteger el capital natural fundamental.

d) En la esfera de gobernanza debe apoyar la democracia representativa, incluyendo la toma de decisiones participativa; estimular la libre empresa dentro de un sistema de reglas e incentivos claros y justos; evitar una excesiva concentración de poder mediante un sistema eficiente de controles y balances apropiados; garantizar la transparencia mediante el acceso de todos los actores a información pertinente y precisa; garantizar la rendición de cuentas por las decisiones y acciones, las que deben fundamentarse en un análisis amplio y confiable; estimular la cooperación con el fin de generar confianza y fomentar los objetivos y valores comunes; y garantizar que las decisiones sean tomadas en el ámbito apropiado y que se adhiera, en lo posible, al principio de subsidiariedad.

El cumplimiento de los postulados indicados en estas cuatro esferas permite que el sistema legal minero avance a construir un entorno de desarrollo sustentable. Por cierto, nunca debe olvidarse que para que todo esto sea posible, debe haber industria minera, esto es, el sistema legal debe permitir, promover y apoyar el desarrollo de la actividad de la empresa minera en el país. La industria de los minerales no puede aportar al desarrollo sustentable si las empresas no pueden sobrevivir y prosperar. Para lo anterior se necesita: una fuerza laboral segura, saludable, capacitada y comprometida; acceso al capital; una licencia social para operar; la capacidad para atraer y mantener una administración de excelente nivel; la posibilidad de obtener rendimiento de la inversión.

Así, el desafío para las empresas es lograr vincular el desarrollo sustentable al éxito financiero. Para ello existen varias herramientas: estrategias y políticas corporativas, programas de cambio administrativo, procedimientos formales para el manejo de riesgos, implementación y auditoría de los objetivos y metas internas, evaluaciones de proyecto y programas de capacitación del personal. Desafortunadamente, la experiencia comparada muestra que las empresas del sector de los minerales tienen, en conjunto, un pobre registro de seguridad y salubridad en las condiciones laborales. En los últimos años se ha producido un avance importante, pero es necesario hacer mayores esfuerzos para garantizar que los empleados puedan realizar su trabajo sin que resulten heridos o adquieran alguna enfermedad. Para lograr una gestión de seguridad eficaz en el día a día es necesario que la administración, los trabajadores y los sindicatos trabajen en conjunto.

3. Materias sociales y ambientales

De acuerdo con el contexto expresado, se estima que las materias que deben incluirse en un sistema legal minero son las siguientes:

1. **Control, uso y manejo del territorio**: La exploración y explotación minera impone algunos desafíos significativos con respecto al acceso y el manejo del territorio. Para tomar la mejor decisión sobre el uso adecuado del territorio se requiere un marco de planificación integrado, que aspire a lograr un equilibrio entre intereses contrapuestos, tales como los planos nacional y local o entre minería y preservación. Es posible establecer compensaciones para alguno de estos intereses en particular, pero tales decisiones sólo pueden alcanzarse mediante la participación de, y negociación con, todos aquellos que puedan verse directamente afectados por los resultados. El proceso de planificación será más eficaz si existen reglas equitativas e integradoras en materia de tenencia de tierras, programas de compensación para los afectados y una sólida estructura de gobierno, que cuente con mecanismos de arbitraje en caso necesario.

2. **Territorio, minería y pueblos indígenas**: Las tierras indígenas han sido y, para muchos, continúan siendo amenazadas por todas las formas de explotación del territorio, incluyendo la minería. Por lo general, las tierras se utilizan sin el consentimiento de los pueblos indígenas. Las empresas deberían actuar como si el consentimiento fuera una exigencia para acceder a las tierras, aun cuando la ley no lo disponga. Se deben respetar los procesos de toma de decisiones adecuados a las circunstancias culturales de los pueblos indígenas.

3. **Reasentamientos**: Han ido a menudo acompañados por pérdida de tierras y vivienda, desempleo y falta de acceso a recursos comunes. Hoy las empresas no apoyarían las prácticas del pasado y los proyectos actuales tienen un enfoque más equitativo, pero deben asegurar que las condiciones de vida no empeoren, que los vínculos comunitarios y sociales se mantengan y que se entregue una compensación justa por la pérdida de activos y de oportunidades económicas. Los roles y responsabilidades para asegurar el bienestar de las comunidades trasladadas a largo plazo deben ser definidos y controlados.

4. **Áreas protegidas**: Son esenciales para la conservación de valores ecológicos, sociales y culturales fundamentales. Debería existir un debate más amplio sobre el manejo de las áreas protegidas y las compensaciones. Es necesario aumentar el interés y participación local en el manejo exitoso de las áreas protegidas, así como los recursos disponibles para dicho manejo. Las actividades mineras podrían cooperar para llenar estos vacíos, pero existen sospechas hacia cualquier propuesta de explotar un yacimiento dentro o cerca de una zona protegida. Un obstáculo que impide avanzar en esta materia es la falta de casos exitosos. Los intereses ambientales y mineros deberían ser evaluados en

conjunto con los de los pueblos, a menudo pobres y políticamente marginados, que generalmente viven en estas zonas.

5. **Minerales y desarrollo económico**: Es difícil justificar la existencia de la minería si esta no genera beneficios económicos, en especial en los países y regiones que carecen de otras fuentes de desarrollo o que, por otros motivos, no son atractivos para la inversión extranjera. Además de recaudar dinero en efectivo por los impuestos y los derechos de explotación, los beneficios de la actividad minera deben incluir la generación de empleo, infraestructura (i.e. carreteras y hospitales), vínculos comerciales con las industrias que suministran bienes y servicios o que procesan la producción mineral, así como transferencia tecnológica. Sin embargo, en algunos países la minería no ha generado un desarrollo económico duradero. Una riqueza repentina puede tener efectos negativos en la vida social y política y propiciar o contribuir a apoyar la corrupción, los gobiernos autoritarios, los abusos a los derechos humanos o los conflictos armados. Las barreras arancelarias y de otro tipo también han impedido que las economías en desarrollo capturen un mayor valor agregado en la cadena de los minerales. La falta de recursos económicos, capacidad institucional y voluntad política son, por lo general, la fuente de desigualdades y del subdesarrollo. Cuando la gobernanza y los vínculos entre los ámbitos nacionales y locales son débiles, es posible que las comunidades locales vean muy poco de los ingresos derivados de la actividad minera. La solución consiste en encontrar mejores métodos para rescatar y manejar la riqueza derivada de los minerales, así como garantizar que ésta sea invertida en beneficios duraderos en apoyo al desarrollo nacional, regional y local.

6. **Corrupción**: La corrupción es uno de los mayores obstáculos para lograr una distribución equitativa de los ingresos provenientes de la minería. Varias operaciones tienen lugar en países donde predomina la corrupción. Es posible que algunas empresas del sector se hayan involucrado en diversas actividades ilícitas: sobornos para obtener licencias y permisos o para obtener acceso preferencial a exploraciones, activos o créditos, o para obtener decisiones judiciales favorables. La minería tiene, asimismo, características que aumentan los riesgos de corrupción, tales como los enormes desembolsos de capital, la engorrosa regulación requerida y la ubicación de los proyectos en lugares fijos.

7. **Derechos humanos**: Algunas empresas mineras han sido acusadas de cometer abusos contra los derechos humanos por medio de acciones independientes o en confabulación con gobiernos. Algunos de los casos más graves ocurrieron cuando las empresas se apoyaron en las fuerzas de seguridad nacional para obtener el control sobre tierras o defender instalaciones construidas. Los derechos de los trabajadores son también amenazados por las difíciles y peligrosas condiciones laborales. Existe una larga historia de conflictos entre la administración y los trabajadores, sobre todo en estados autoritarios. Algunos

defensores de los derechos humanos sostienen que las transnacionales deben asumir responsabilidad no sólo por el respeto, sino también por la promoción de los derechos humanos.

8. **Conflictos**: En algunas zonas del mundo afectadas por inestabilidad política, la minería ha servido como fuente de financiamiento para mantener los estallidos de violencia donde los combatientes venden minerales por vías ilegales para financiar sus campañas militares. Las masivas migraciones hacia los recintos mineros pueden generar resentimiento entre quienes ya habitaban la zona. Si los ingresos de la minería no son repartidos en forma equitativa, pueden surgir conflictos armados. Similares alteraciones pueden ocurrir a raíz del cierre de minas.

9. **Comunidades locales y minería**: La experiencia comparada muestra que el legado de abusos y desconfianza es evidente. Las demandas generalizadas de las comunidades por obtener beneficios importantes, directos y sostenidos de las riquezas generadas por la minería, son un fenómeno relativamente reciente, por lo cual es frecuente que ni las instituciones de gobierno, ni las empresas, ni las mismas comunidades cuenten con la capacidad apropiada para responder a estas situaciones. En zonas donde la gobernanza es débil, las comunidades suelen acudir a las empresas en actividad, las que se han encontrado suministrando servicios para el desarrollo con el fin de obtener o mantener su licencia social para operar. Una nueva relación comienza a surgir sobre la base del reconocimiento de los derechos de las comunidades y la necesidad de que éstas participen en la toma de decisiones. Además, algunas nuevas iniciativas buscan evitar que la empresa asuma el rol y las responsabilidades que le corresponden al gobierno, y se centran más bien en el mejoramiento de la capacidad del gobierno local y de otras instituciones locales para generar beneficios a largo plazo derivados de la minería. Cada vez adquiere más fuerza la idea de que las ONG y otros grupos de la sociedad civil también pueden actuar como mediadores independientes, facilitando el flujo de información hacia y desde las comunidades y aplicando medidas en conjunto con las empresas y el gobierno.

10. **Minería, minerales y medio ambiente**: Las mejores operaciones mineras modernas representan un gran avance con respecto a las prácticas del pasado, y la mayor parte de las empresas mineras están comprometidas a realizar un avance sostenido en su rendimiento ambiental. Sin embargo, las prácticas del pasado a veces fueron demasiado negativas, realidad que en algunos casos aún se mantiene. Incluso las mejores operaciones modernas pueden tener impactos ambientales indeseables, y las buenas prácticas tienen aún un largo camino antes de expandirse a toda la industria. El objetivo de mejorar el rendimiento es garantizar que los recursos naturales vitales sean preservados, que los ecosistemas sean en lo posible consolidados y que la riqueza mineral contribuya a dar como dividendo continuidad ambiental.

11. **Grandes volúmenes de desechos**: La minería produce enormes volúmenes de desechos, por lo cual las decisiones referidas al método y el lugar de eliminación son prácticamente irreversibles. Las instalaciones diseñadas para guardar estos desechos figuran entre las estructuras más grandes construidas por la especie humana. Los impactos de largo plazo de las opciones de eliminación de desechos figuran entre los más importantes del ciclo de los minerales.

12. **Planificación del cierre de minas**: Puesto que generalmente es difícil y costoso revertir las decisiones referidas al manejo de desechos y a otros aspectos de las operaciones, es necesario que éstas sean las decisiones correctas desde un principio. La mejor manera para hacerlo es mediante la elaboración de un plan de cierre al inicio de las operaciones. Ello puede orientar algunas decisiones durante la vida útil de la mina y así garantizar que éstas apunten hacia ese objetivo. Actualmente, la mayoría de las planificaciones para el cierre de minas se centran sólo en los aspectos ambientales. Es necesario además integrar los aspectos social y económico para transformar la inversión minera en desarrollo sustentable.

13. **Legado ambiental**: Los problemas ambientales asociados a las actuales y futuras operaciones mineras atemorizan por sí solos. Pero en varios sentidos son mucho más angustiosos algunos de los efectos sostenidos producidos por los métodos de explotación y fundición del pasado. Estos recintos han demostrado que algunos impactos pueden prolongarse en el largo plazo y que la sociedad aún está sufriendo las consecuencias por el agotamiento de bienes naturales no renovables llevado a cabo por las generaciones anteriores.

14. **Sistema de gestión ambiental**: La Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) es, quizás, la herramienta de gestión ambiental de uso más generalizado en el sector de los minerales. Las EIA son en la actualidad obligatorias para la mayoría de los proyectos de desarrollo de gran envergadura. Sin embargo, su implementación es, a menudo, deficiente. Recientemente, los factores sociales y económicos han comenzado a aparecer en este ejercicio ambiental. Sería conveniente fomentarlo de manera deliberada como parte de una transición hacia evaluaciones de impacto integradas. Como parte de un sistema de gestión ambiental (SGA), las EIA deberían integrar las responsabilidades ambientales en las prácticas de gestión cotidianas a través de cambios en la estructura, responsabilidades, procedimientos y procesos de la organización. Un SGA proporciona un método estructurado para que la dirección de una empresa y la autoridad reguladora tengan conciencia y puedan controlar el rendimiento de un proyecto.

15. **Biodiversidad**: Una pérdida de biodiversidad equivale a una pérdida de capital natural: es irreversible. Algunas empresas han formulado políticas de biodiversidad e incorporado innovaciones en el diseño y el manejo de las

operaciones. Estas acciones correctivas son estimulantes, pero aún están limitadas en gran medida a las empresas mayores. Los gobiernos han encontrado dificultades en la creación de incentivos para estimular la conservación. El Convenio sobre Diversidad Biológica aporta al sector de los minerales bases políticamente apropiadas para involucrarse en un diálogo constructivo y en acciones conjuntas con la comunidad de la biodiversidad.

16. **Uso de los minerales**: Un enfoque integrado. El uso de productos minerales y el suministro de éstos en la cadena de abastecimiento tienen repercusiones para el desarrollo sustentable y deben ser considerados junto con la explotación y el procesamiento de minerales. Los actuales padrones de uso de los minerales generan preocupación en torno a la eficiencia y la necesidad de un acceso más equitativo a estos recursos en todo el mundo. La mayor parte de las inquietudes, políticas y normativas referidas al uso de minerales se ha centrado en las cuestiones ambientales, los riesgos a la salud asociados y la disponibilidad de estos recursos en el largo plazo. Con este fin se han elaborado numerosas herramientas conceptuales destinadas a aumentar la eficiencia y calcular niveles óptimos de reciclaje. Las dimensiones social y económica del uso y los posibles cambios en el futuro, con frecuencia, no reciben la misma consideración. Ambientalistas y otros han exigido la reducción del volumen de material elaborado en el cual se apoyan muchas economías nacionales, sobre todo en los países más industrializados. Dichas exigencias son un desafío para quienes influyen directamente en las formas en que se usan los minerales en los productos e, igualmente, representan un desafío a los usuarios para que reduzcan sus niveles y modelos de uso y de desecho. La eficiencia de recursos se puede incrementar de diversas maneras, entre las que se incluye reciclar, refabricar y reutilizar los productos, sustituirlos y, en algunos casos, suprimir su uso. Los impactos sobre el medio ambiente y la salud producidos por distintos productos minerales en uso deben ser manejados cuidadosamente. Cuando los riesgos derivados del uso se consideran inaceptables o son desconocidos, los costos asociados al uso de ciertos minerales pueden superar los beneficios. Es una responsabilidad básica del gobierno evaluar tales incertidumbres aplicando un enfoque preventivo. La industria puede generar gran parte de la información necesaria para asegurar que dichos criterios tengan una base científica. El reciclaje está asociado con muchas de las mismas compensaciones, entre factores ambientales y sociales, aplicables a la extracción de minerales. Si se va a fomentar el reciclaje, es necesaria una integración mayor y una actitud consecuente en la elaboración de políticas ambientales, incluyendo las compensaciones entre distintas metas ambientales. Los avances tecnológicos también son claves, tanto como la disponibilidad de información sobre el material reciclable.

17. **Acceso a la información**: El acceso a la información es fundamental para generar mayores niveles de confianza y cooperación. La calidad de la

información y su utilización, producción, transmisión, acceso y credibilidad influyen en conjunto en la interacción de todos los actores del sector. Una participación pública efectiva en la toma de decisiones exige que la información esté disponible para el público en formas accesibles.

18. **Minería artesanal y de pequeña escala**: En muchas partes del mundo, los minerales son extraídos por la minería artesanal y en pequeña escala (MAPE); esto es, personas que trabajan con herramientas y equipos simples, por lo general, en el sector informal, fuera de todo marco regulador y legal. También existen muchos procesadores minerales artesanales, como los pulidores de diamantes. La gran mayoría es pobre y explota depósitos marginales en duras condiciones, muchas veces peligrosas y con un impacto considerable sobre el medio ambiente. Se cree que en la minería en pequeña escala trabajan directamente alrededor de 13 millones de personas y que incide en la subsistencia de unos 80 a 100 millones más. Los mineros artesanales y en pequeña escala extraen una amplia gama de minerales, entre los que se cuentan oro, gemas, piedras preciosas y metales. La MAPE es un aspecto importante de las formas de subsistencia del mundo rural. Con frecuencia, representa la oportunidad más promisoria de ingresos, si no la única disponible. Pero también puede ser muy perjudicial, sobre todo cuando asume la forma de una 'fiebre' repentina y provoca el abandono de los cultivos por la población local o genera migraciones internas. Cuando la fiebre desaparece, la mayoría de los beneficios también desaparece, pero persiste el daño social y ambiental. Los impactos ambientales producidos por la MAPE son una gran preocupación para muchos: contaminación causada por uso de mercurio, eliminación directa de relaves y efluentes en ríos, amenazas por la construcción defectuosa de tanques de relaves, daño a ríos en áreas aluviales, depósito de lodo en el fondo de los ríos, erosión, deforestación y destrucción del paisaje. La falta de conciencia y de información sobre métodos factibles para reducir los impactos, junto con la falta de incentivos obvios para cambiar, contribuyen en conjunto a generar estos problemas.

19. **Gobernanza del sector**: Roles, Responsabilidades e Instrumentos para el Cambio: Lograr una gobernanza eficiente es uno de los desafíos que enfrenta el sector. Gobernanza deficiente, como resultado de diversos factores, incluyendo falta de recursos y capacidad, desequilibrios de poder, falta de voluntad política, falta de coordinación e integración, o falta de representación de los actores en la toma de decisiones. A veces, las estructuras de gobernanza vigentes no resuelven los problemas ni hacen respetar la legislación, debido a la burocracia, los sistemas autoritarios, la falta de transparencia y de rendición de cuentas o la corrupción. El desarrollo sustentable exige un conocimiento y definición de los roles, derechos y responsabilidades de todos los actores y la introducción de nuevos instrumentos para el cambio. Los gobiernos deben jugar un rol central en el perfeccionamiento de la gobernanza con miras al desarrollo sustentable,

a través de la formulación de marcos nacionales de planificación, la disposición de normativas y los mecanismos para exigir su cumplimiento.

4. El tema tributario minero

El sistema tributario minero debe ser equitativo, eficiente y no discrecional. Además, el sistema tributario debe ser claro y transparente. La falta de certeza jurídica en materia tributaria no solo puede ser una razón de alejamiento de la inversión extranjera, sino que, por sobre todo, pugna con los principios centrales de un estado de derecho y abre la puerta a irregularidades y corrupción. El principio rector debiera ser que la actividad minera tiene un régimen impositivo igual al resto de las actividades económicas que se desarrollan en el país. Este principio rector admite excepciones, pero estas deben ser tales (esto es excepcionales) y claramente definidas por la ley.

Un buen sistema de tributación minera es posiblemente el mejor instrumento para que recursos producidos por la actividad minera reviertan en beneficio de los ciudadanos del país en el que las operaciones tienen lugar.

Las empresas mineras deben tributar y entregar así beneficios al país legitimando así su operación. Por otra parte, el sistema impositivo debe ser simple, estable, razonable, no discriminatorio, y transparente. Debe generar certeza jurídica a todas las partes involucradas.

En principio, el sistema tributario óptimo es aquel general de la nación, esto es, que no hace distinciones de acuerdo con el sector económico, sino simplemente de acuerdo con la renta. Por cierto, este sistema admite excepciones dentro de ciertos límites, esto es, la existencia de algunos impuestos específicos del sector minero, pero, como se ha dicho, esto debiera ser la excepción y cumplir con todos los requerimientos señalados. El espacio adecuado para regular esta materia es precisamente la legislación tributaria. Así, en principio, la ley minera no requiere contener disposiciones tributarias. Sin embargo, es perfectamente posible que la mencionada ley contenga disposiciones de principios y valores sobre tributación minera.

También es importante considerar que la forma de calcular los impuestos debiera ser sobre la base de ingresos netos y no de ingresos brutos, ya que esta última modalidad aumenta el riesgo de la inversión de una empresa minera y actúa como un desincentivo a la misma. Como resultado de esto, la empresa requerirá una tasa más alta de retorno de manera de acomodar el aumento del riesgo. Adicionalmente, un impuesto basado en ingresos brutos tendrá un impacto negativo en depósitos menores o más marginales y así, es inconsistente con el desarrollo sostenible (recepción del máximo

beneficio para el país y su pueblo una vez que las operaciones se empiezan a llevar a cabo).

El porcentaje del impuesto, especialmente si se aplica al ingreso bruto, tenderá a ser demasiado alto para algunos minerales y muy bajo para otros. El ingreso bruto es más cercano al ingreso neto para algunos minerales que para otros, resultando entonces una distorsión entre minerales.

Una tasa única muy alta es inequitativa y puede dañar los ingresos del país derivados de la minería, ya que en realidad le está imponiendo una carga diferente a cada tipo de minerales. Por ejemplo, si consideramos el caso del oro y del cobre, se puede observar que la etapa final de la operación en el sitio en el caso del oro produce un resultado cercano al final del oro refinado. En cambio en el caso del cobre, es normal que esta etapa final en el sitio de operaciones se traduzca en concentrados de cobre, los que se encuentran muy lejos del resultado final de cobre refinado.

La regla general es que los impuestos que debe pagar una empresa minera son los mismos que debe pagar cualquier otra empresa. Excepcionalmente, las empresas mineras deberán pagar algunos impuestos que son propios de esa actividad, pero todos ellos estarán claramente establecidos en la ley y no habrá otros impuestos que el Poder Ejecutivo pueda querer agregar.

Lo obtenido por los impuestos generales pasará a formar parte del patrimonio general de Honduras y será sumado al resto de los impuestos que perciba el Estado de todo el resto de sus contribuyentes. La forma de usar y gastar estos recursos se hará a través de la ley general de presupuesto que cada año el Congreso nacional revisa y aprueba.

Así, el destino de los recursos obtenidos de la imposición minera (y de todos los demás recursos) es propuesto por el Poder Ejecutivo y decidido por el Poder Legislativo a través de la ley anual de presupuesto nacional.

Finalmente, algunas ideas respecto de la tributación en varios países de Latinoamérica que pueden servir para dar contexto.

México: No contempla *royalties,* pero el Congreso nacional se encuentra considerando varias propuestas legislativas de pagos equivalentes a 1.5% y 5% de la producción. Aproximadamente, 9.3 billones se invertirán en el país en el período 2011-2012, constituyendo un segmento significativo del producto interno nacional.

Guatemala: el Presidente Otto Pérez Molina enviará una propuesta de ley al Congreso para aumentar los *royalties* de las empresas mineras a un 5%. Re-

cientemente se había firmado un acuerdo voluntario entre el Presidente y la Unión de Industrias Extractivas para alentar a las empresas mineras de oro y plata a pagar un *royalty* de 4%. En el caso de metales básicos, de un 3%, y de minerales industriales, 1%.

La nueva ley hará obligatorio el pago del *royalty* de 5% para el sector minero. Guatemala obtendría *royalties* por US $ 76 a 89 millones el 2012, un aumento de US $ 63 por sobre lo que ha estado pagando la industria minera hasta la fecha. La reforma establecerá también un fondo minero a distribuir ingresos de los *royalties*, requiriendo un 34% para la comunidad local en que la operación se encuentra localizada y un 20% para las comunidades del departamento en que la mina opera. El Ministerio de Desarrollo Social recibirá un 20% de los *royalties*. El Fondo para Emergencias de Desastres Naturales recibirá un 20 % y el Ministerio de Energía y Minas y el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos naturales, un 3% cada uno.

Existe oposición a esta propuesta de ley sobre la base que haría muy poco atractiva y por ello improbable la inversión extranjera en Guatemala. La reforma requeriría que 147 empresas que ya cuentan con sus licencias para operar paguen estos nuevos *royalties*. La decisión de la reforma fue asumida sin lograr el apoyo de las empresas mineras.

Panamá: una reforma al Código de Recursos Mineros, del 3 de abril de 2012 aumentó el *royalty* de 2% a 4% para el oro y de 2% a 5% para el cobre. Representantes de la empresa minera Goldcorp y de otras empresas mineras han aceptado y prestado su acuerdo a este aumento. Con anterioridad había señalado que un aumento de 8% o mas haría imposible la minería en el país.

Ecuador: No existen en la actualidad proyectos mineros de gran escala en el país. Sin embargo, Ecuador cuenta con significativos depósitos de cobre, plata y oro. Recientemente se han firmado acuerdos con Ecuacorriente y Kinroos. Con la finalidad de atraer inversión extranjera se ha propuesto una ley que postergue los impuestos mineros hasta que la empresa haya recuperado sus costos. También se propone un techo para los *royalties*. la legislación actual establece un *royalty* de 5% como mínimo, pero no indica un límite. La propuesta de ley establecería un rango de *royalties* para el cobre, oro y otros minerales. El gobierno espera que el establecimiento de mínimos y máximos otorgaría mayor certidumbre a los inversionistas mineros extranjeros.

Perú: como se sabe, Perú es el segundo mayor productor de cobre y plata del mundo y el sexto de oro. La minería explica el 60% de las exportaciones del país.

El Presidente Ollanta Humala firmó tres leyes en septiembre de 2011 que fueron debidamente promulgadas, aumentando los impuestos mineros y los

royalties. todo esto en el contexto de un año en que el aumento de los precios de los minerales y el crecimiento económico nacional le entregaron al gobierno un surplus no previsto equivalente al 1.7% del Producto Bruto. Los *royalties* ahora son de 1% a 12% de las ganancias operativas, además de un impuesto de ganancias extraordinarias entre 2% y 8.4% de ganancias netas aplicada a las empresas mineras que no cuenten con contratos de estabilidad impositiva que las proteja de variabilidades futuras en las políticas de impuestos, pagados sobre una base trimestral. El *royalty* anterior era de entre 1% y 3% de las ventas netas. Aun en el caso de empresas con contratos de estabilidad impositiva, incluidas Barrick Gold, BHP Billiton y Xstrata, deben ahora pagar un "impuesto de contribución especial" de entre 4% y 13.2%, calculado sobre ganancias operativas en lugar de ventas.

El nuevo sistema espera generar US $ 1 billón por año en contribuciones de las empresas mineras, comparado con los US $ 646 millones obtenidos en el año previo a la reforma. El presidente Humala ha dicho que los ingresos serán usados para crear trabajos y financiar trabajos de infraestructura, sin perder la competitividad de Perú y su capacidad de atraer inversión extranjera.

Bolivia: el gobierno de Bolivia planea aumentar los *royalties* mineros para que el Estado pueda ganar un porcentaje mayor de la ganancia generada por la minería, particularmente en las exportaciones de metales, que alcanzaron US $ 1.68 billones en la primera mitad de 2011, entregándole al Estado US $ 82 millones en *royalties*. La reforma aumentaría el promedio del *royalty* actual de 4% a un máximo de 7% para el oro, 6% para la plata, el zinc, estaño y plomo. La reforma se encuentra aún en etapa de discusión.

5. El contrato modelo

El contrato modelo de inversión extranjera para proyectos mineros fue elaborado a instancias del Comité de Derecho Minero de la Asociación Internacional de Abogados (International Bar Association) y contó con la participación y colaboración de especialistas de diversas disciplinas y adscripciones, de diversas partes del mundo, el autor entre ellos. Luego de analizarse más de 50 contratos internacionales de desarrollo minero y luego de estudiar el derecho internacional aplicable y las tendencias en derecho blando (*soft law*) y recomendaciones de responsabilidad corporativa (ISO 26000 entre otras), el grupo de trabajo elaboró una primera versión de contrato modelo. En el proceso participaron representantes de la industria minera, de las organizaciones de la sociedad civil y de la academia.[5]

[5] Campusano, octubre 2012. Las empresas mineras se encuentran crecientemente preocupadas e interesadas en la necesidad de contar con una licencia social para operar y ello incluye el apoyo de las

El tema es de relevancia porque representa un esfuerzo significativo de sistematizar el derecho internacional aplicable a la relación entre una empresa y un gobierno en el contexto de grandes proyectos de desarrollo minero, los que tienen incidencia directa en la vida de las personas y en el crecimiento nacional. Así, se consideran temas de derecho ambiental, laboral, impositivo, de seguridad, de transporte, de derecho comercial, de derechos indígenas, etc.[6]

Así, se presenta una iniciativa de política y derecho internacional que está en el estado del arte del desarrollo del nuevo derecho internacional que deja de ser tributario de la guerra fría y que se hace cargo de las nuevas posibilidades y desafíos que enfrenta hoy la comunidad internacional. En síntesis, a través de mostrar el trabajo del contrato modelo se reflexiona sobre la emergencia de un nuevo derecho internacional, transnacional, global.[7]

El Comité de Derecho Minero de la Asociación Internacional de Abogados (International Bar Association) en su Reunión Anual del año 2009, decidió promover un proyecto de trabajo para la elaboración de un Contrato Modelo para Proyectos Mineros que pudiera servir de base para los contratos de desarrollo minero firmados entre compañías mineras y gobiernos nacionales. El proyecto de trabajo, dirigido por el Comité de Derecho Minero, incluyó la colaboración de representantes de la sociedad civil y miembros de la academia de distintos países del mundo. El proyecto tiene por finalidad servir de guía y modelo básico para los procesos de negociación de contratos de inversión minera internacional, especialmente en aquellos países que no cuentan con legislación minera consolidada. El contrato modelo también puede servir en aquellos casos en que la legislación nacional no cubre adecuadamente materias ambientales, laborales, de seguridad, salubridad y otras materias relevantes relacionadas con la actividad minera.[8]

Peter Leon y Bob Basset han dicho que el contrato modelo sirve una necesidad ya que los impactos positivos y negativos que los proyectos mineros generan en las comunidades locales son significativos. Además, recientemente se ha

comunidades locales. También es posible observar la aparición del requerimiento de Acuerdos de Desarrollo de la Comunidad (*Community Development Agreements*, CDAs). Varios gobiernos se encuentran considerando la promulgación de leyes que definan en qué situaciones tales acuerdos deban pactarse y qué materias específicas debieran contener. Por otra parte, algunas empresas mineras han interactuado con las comunidades locales sobre una base de voluntariedad y ello ha llevado a ciertas inconsistencias.

[6] Campusano, octubre 2012. El proyecto reconoce claramente que todo emprendimiento minero tiene como finalidad primera ser comercialmente viable. Sin embargo, también reconoce que ésta no es la única variable importante, sino que considera que las partes involucradas deben adoptar una visión más amplia e integradora, considerando los intereses de los diversos *stakeholders* y las variables sociales, económicas y ambientales. Por cierto, el producto final, esto es, el contrato modelo, no busca ser obligatorio ni rígido en su texto, sino que más bien aspira a colaborar con las partes involucradas, haciéndose cargo de las naturales diferencias entre los diversos ordenamientos jurídicos y realidades nacionales.

[7] Campusano, octubre 2012.

[8] Campusano, octubre 2012.

apreciado un fuerte interés por los gobiernos, las comunidades y las empresas mineras en el desarrollo sustentable de las comunidades locales impactadas por proyectos mineros. También es posible observar que se ha generalizado la resistencia por parte de las comunidades locales a nuevos proyectos mineros a menos que se sientan satisfechas en que obtendrán suficientes beneficios por parte de los mencionados proyectos.[9]

El contrato modelo se construyó considerando las nuevas tendencias del derecho blando internacional en materias sociales y ambientales relacionadas con la actividad industrial multinacional, como por ejemplo los Principios del Ecuador[10], la ISO 26000[11] y los lineamientos de la OCDE.[12]

[9] Campusano, octubre 2012.

[10] Los Principios del Ecuador son un estándar de la industria financiera para evaluar los riesgos ambientales y sociales en el financiamiento de proyectos de inversión. Fueron elaborados en 2003 y modificados en 2006, asumidos voluntariamente por entidades financieras para préstamos superiores a diez millones de dólares. Se fundan en las políticas de salvaguarda, directrices y estándares de desempeño de la Corporación Financiera Internacional (IFC), el brazo del Banco Mundial que financia al sector privado. Se aplican en todos los países y sectores. Mas de 50 entidades financieras han adoptado estos principios. El banco se compromete a otorgar préstamos sólo a aquellos proyectos cuyos patrocinadores puedan demostrar, a satisfacción del banco, su capacidad y disposición de cumplir con la totalidad de los procesos que buscan asegurar que los proyectos se desarrollen con responsabilidad social y de acuerdo con las mejores prácticas de gestión ambiental.

[11] Para la ISO 26000 responsabilidad social es la responsabilidad de una organización respecto de los impactos de sus decisiones y actividades en la sociedad y el medio ambiente, por medio de un comportamiento transparente y ético que sea consistente con el desarrollo sustentable, incluyendo el bienestar general de la sociedad; considere las expectativas de sus partes interesadas; esté en concordancia con la legislación aplicable y sea consistente con normas internacionales de comportamiento; y esté integrada a través de toda la organización y practicada en sus relaciones. Los siete principios transversales de responsabilidad social son: Rendición de Cuentas (Accountability): Una organización debería aceptar escrutinio apropiado sobre sus impactos en la sociedad, la economía y el medio ambiente y también el deber de responder frente a ese escrutinio. Transparencia: revelar de forma clara, precisa y completa y en un grado razonable y suficiente la información sobre las políticas, decisiones y actividades de las que es responsable, incluyendo sus impactos conocidos y probables sobre la sociedad y el medio ambiente. Disponible y accesible. Comportamiento ético: El comportamiento de la organización debería basarse en los valores de honestidad, equidad e integridad. Estos valores implican una consideración/preocupación por las personas, animales y el medio ambiente y un compromiso por abordar los impactos de sus actividades y decisiones sobre los interese de las partes interesadas. Comportamiento acorde con los principios de buena conducta generalmente aceptados en el contexto de una situación determinada, y que es coherente con las normativa internacional de comportamiento. Respeto por las partes interesadas: una organización debería respetar, considerar y responder a los intereses de sus partes interesadas. Aunque los objetivos de la organización pueden limitarse a los intereses de sus respectivos dueños, socios, clientes... otros individuos o grupos, también pueden tener derechos, reclamaciones o intereses específicos que deberían ser tenidos en cuenta. Respeto por el ordenamiento jurídico y el estado de derecho: aceptar que el respeto al principio de legalidad es obligatorio. Se refiere además a la idea de que ningún individuo u organización está por encima del ordenamiento jurídico. Respeto por las normativas internacionales de comportamiento consensuadas: donde la ley o su implementación no proporcionen las salvaguardas ambientales o sociales mínimas, una organización debería esforzarse por respetar como mínimo la normativa internacional de comportamiento; o donde la ley o su implementación entran significativamente en conflicto con la normativa internacional de comportamiento. Respeto por los derechos humanos: una organización debería respetar los derechos humanos y reconocer tanto su importancia como su universalidad.

[12] La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, funciona en forma significativa de acuerdo con los principios del derecho blando y del consenso. La OCDE puede ser vista como una organización de reunión de información y de excelente base estadística, pero ciertamente no funciona

6. Conclusiones

La empresa multinacional minera se encuentra en un proceso de transformación. Los escenarios propios del siglo XX ya no son válidos en el nuevo siglo y por ello las prácticas que fueron posibles entonces ya no lo son hoy. La demanda de sustentabilidad y responsabilidad social se ha construido desde la interacción de diversas fuerzas que convergen en una síntesis dinámica de transformación permanente y prueba y error. Sin perjuicio del rol de los Estados a través de la generación de políticas públicas y su correlato jurídico expresado en leyes y tratados, cabe observar el protagonismo de la sociedad civil que, como nunca en la historia, se ha convertido en un actor protagónico de la generación de este nuevo derecho blando ambiental y social y que ha encontrado en la empresa multinacional un interlocutor imprescindible que ha mutado desde la adversarialidad a la colaboración. El derecho blando se construye así en conjunto por parte de los actores relevantes que sobre la base del diálogo y la negociación van encontrando espacios de acuerdo para la construcción normativa blanda. En este espacio, la acción de los Estados, tanto a nivel nacional como internacional, se aprecia lenta y algo confundida, llegando casi siempre tarde y por cierto no a la velocidad de los otros actores mencionados. Este es un derecho que se construye desde el conflicto, no desde los ministerios, los congresos o las academias. Se construye en el lugar de las operaciones, desde los espacios que habitan las comunidades. No hay un actor superior ordenador y no hay un manual de reglas a priori. Requiere tiempo, energía y buena voluntad. Requiere entender que los tiempos han cambiado y que los acuerdos pueden construirse desde abajo, en forma horizontal. Tal vez, por sobre todo, requiere entender que el derecho tiene más que ver con la construcción de la paz social y con los procesos a través de los cuales se elabora, y no tanto con doctrinas, teorías y opciones dogmáticas a priori de verdad y justicia. La minería multinacional del siglo XXI debe adquirir su licencia para operar.

7. Bibliografía

AYINE, Dominic, Hernán Blanco, Lorenzo Cotula y otros. "Examinando los Contratos de Inversión Extranjera: las Implicancias para el Desarrollo Sustentable". International Institute for Environment and Development, IIED. Londres, 2005.

BANTEKAS, Ilias. "Corporate Social responsibility in International Law". Boston University International Law Journal. BU School of Law. Volume 22, Fall 2004, issue 2, 2004

de acuerdo con los dictados tradicionales de normas vinculantes para todos los miembros en todos los ámbitos. Las normas y decisiones deben cumplirse, pero hay más formas y plazos para ello que la distancias de la aproximación clásica de las organizaciones intergubernamentales. Al ingresar a la OCDE en 2010, Chile adquirió una serie de compromisos y obligaciones en diversas materias, ambientales entre ellas, las que deberá ir cumpliendo de acuerdo con los cronogramas libremente acordados.

BASSETT, Robert A. "Commercial Rights and Obligations". MMDA-International Bar Association. Working paper PPT. 2010. www.mmdaproject.org

BODANSKY, Daniel. "Customary (and not so customary) International Environmental Law". 3 Indiana Journal Global Legal Studies, 105, 108-116, 1995.

BOURASSA, Michael. "Tenure Provisions". MMDA-International Bar Association. Working paper PPT. 2010. www.mmdaproject.org

CAMPUSANO, Raúl F. "Aspectos Sociales y Ambientales de la Empresa Minera Multinacional: Contrato Modelo de Inversión Extranjera Para Proyectos Mineros". XIV Jornadas de Derecho Minero. Universidad Diego Portales. Santiago, octubre 2012.

CAMPUSANO, Raúl F. "Desde la certeza de la regla a la diversidad de la práctica: El Nuevo Derecho Internacional del Medio Ambiente". VI Jornadas de Derecho Ambiental. Universidad de Chile. Agosto 2012.

CAMPUSANO, Raúl F. "*Soft Law* y el Derecho Internacional del Medio Ambiente". XXXIX Jornadas de Derecho Público. Pontificia Universidad Católica. Santiago, 2009.

DANIELSON, Luke & Howard Mann. "MMDA and Community Development". MMDA-International Bar Association. Working paper PPT. 2010. www.mmdaproject.org

DUPUY, Pierre-Marie. "Soft Law and the International Law of the Environment". 12 Michigan Journal of International Law. 420. 420-421, 424-28, 1991.

LEON, Peter & Bob Bassett. "The Model Mineral Development Agreement". MMDA-International Bar Association. Working paper PPT. 2010. www.mmdaproject.org

MASSAI Cruzat, Regina V., Bernardita Fernández, Alberto Guajardo, Hernán Blanco. "Collahuasi and ISO 26000: Towards excellence in sustainability". Agosto 2011.

MASSAI Cruzat, Regina V. "Reportando la sostenibilidad en el marco de la Guía del "Global Reporting Initiative" (GRI). PPT. 2011.

MASSAI Cruzat, Regina V. "Sostenibilidad y Responsabilidad Social en un marco ISO 26000". PPT. 2011.

MASSAI Cruzat, Regina V., Felipe Domb y Miguel Bahamondes. "Creación de confianza entre empresa y comunidad local, en el marco de la Responsabilidad Social Corporativa: principios, buenas prácticas y comunicación de resultados". Subcapítulo Propuesta Metodológica para el relacionamiento empresa-comunidad en un marco de RSE. Casa de la Paz. Abril 2006.

MINING, MINERALS AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT, MMSD. Final Report, London, 2002.

"Model Mine Development Agreement. A Template for Negotiation and Drafting". April 2011.

PRING, George. "International Environmental and Human Rights Law Affecting Mining Law Reform". Northern Institute for Environmental and Minority Law. Rovaniemi, 2008.

SANDS, Philippe. "Principles of International Law. Frameworks, Standards and Implementation". Manchester University Press. Manchester, 1995.

SCHERMERS, Henk G. and Niels M. Blokker. "International Institutional Law". Martinus Nijhoff Publishers. Leiden, 2003.

TORO Huerta, Mauricio Iván. "El Fenómeno del *Soft Law* y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional". Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Volumen VI, 2006, pp 513-549.

ZAELCKE, Durwood, James SALSMAN, and David HUNTER. "International Environmental Law and Policy". Foundation Press. New York, 1998.

A propósito de Hidroaysén: notas sobre el fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Felipe Leiva S.
Abogado
Pontificia Universidad Católica
Máster (LLM) en Energía y Medio Ambiente
Tulane University
Profesor de Derecho Ambiental y Recursos Naturales
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: Este artículo analiza y reflexiona sobre la aplicación del artículo 11 bis de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, relativa al fraccionamiento de proyectos en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Dicho artículo es aplicable específicamente a aquellos casos donde, a juicio de la autoridad, se haya eludido el ingreso al SEIA o exista un ingreso inadecuado en virtud de haberse fraccionado un proyecto o actividad.

Para lo anterior, se revisará la historia del precepto y las principales discusiones parlamentarias sostenidas en torno al tema. Asimismo se analizará el alcance de la norma y se plantearán algunas interrogantes que su aplicación pudiese conllevar. También se analizará el fallo de la Excelentísima Corte Suprema que rechazó uno de los recursos de protección interpuestos contra el Proyecto Hidroeléctrico Aysén, que contiene un pronunciamiento sobre el tema y que da luces sobre la futura aplicación del precepto.

***

I. Introducción

En este trabajo se analiza la aplicación del artículo 11 bis de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (en adelante artículo 11 bis), relativa al fraccionamiento de proyectos[1]. Cabe señalar que la fiscalización de dicha norma es una atribución entregada a la Superintendencia del Medio Ambiente (la "Superintendencia"), y es aplicable específicamente a aquellos casos donde,

[1] El artículo 11 bis fue incorporado por la Ley 20.417, que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada en el Diario Oficial del 26 de enero de 2010 (en adelante también "Ley 20.417").

a juicio de la autoridad, se haya eludido el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ("SEIA") o exista un ingreso inadecuado en virtud de haberse fraccionado un proyecto o actividad[2].

La aplicación de dichas normas es de una contingencia y actualidad innegables. Baste recordar que el fraccionamiento de proyectos fue uno de los argumentos invocados para impugnar, mediante el recurso de protección, el Proyecto Hidroeléctrico Aysén (en adelante también "Hidroaysén") cuya aprobación ha generado un importante debate público y jurídico[3].

En este escenario, y considerando la pronta entrada en vigencia de las atribuciones de la Superintendencia, queda claro que la aplicación e interpretación de la regulación relativa al fraccionamiento de proyectos generarán importantes discusiones jurídicas que es necesario anticipar.

A través de nuestro trabajo nos proponemos revisar y abordar el sentido y alcance de las normas jurídicas involucradas y describir los criterios contenidos en el fallo dictado por los Tribunales Superiores de Justicia en el caso Hidroaysén.

Para lo anterior, primero se revisará la historia del precepto y las principales discusiones parlamentarias sostenidas en torno al tema. Asimismo se analizará el alcance de la norma y se plantearán algunas interrogantes que su aplicación pudiese conllevar. También se hará referencia a los fallos mencionados entregando los argumentos invocados en torno al fraccionamiento. Todo lo anterior servirá de base para nuestras conclusiones y reflexiones a las que el análisis de la materia nos encaminó.

II. Breve reflexión sobre la creación de la Superintendencia

La creación de la Superintendencia como la entidad encargada de ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de los instrumentos de ges-

[2] La Superintendencia del Medio Ambiente es regulada en el artículo segundo de la Ley 20.417. Según el artículo noveno transitorio de esta Ley, las atribuciones sancionatorias de la Superintendencia entrarán en vigencia el mismo día que comience su funcionamiento el Tribunal Ambiental. Dichos Tribunales fueron creados por la Ley 20.600, publicada en el Diario Oficial del 28 de junio de 2012 y contemplan 3 sedes (Antofagasta, Santiago y Valdivia). El artículo Primero Transitorio de esta Ley señala que el segundo Tribunal ambiental, con sede en Santiago, entrará en funcionamiento dentro del plazo de 6 meses contados desde la fecha de publicación de esta ley. Los demás deberán entrar en funcionamiento en el plazo de 12 meses desde la fecha de publicación.

[3] Hidroaysén fue objeto de 5 recursos de protección, interpuestos por diversas personas naturales y organizaciones ciudadanas. El recurso de protección donde se invocó el fraccionamiento del proyecto fue el caratulado bajo el rol N°34-2011, interpuesto por un grupo de personas naturales representadas por el abogado Fernando Dougnac. El recurso de protección aludido fue rechazado, en primera instancia, por la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011) rol N° 153-2011, de fecha 6 de octubre de 2011. Dicho fallo fue confirmado mediante la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema (2012) rol N° 10.220-2011, de fecha 4 de abril de 2012.

tión ambiental regulados en la Ley 19.300, vino a suplir y robustecer uno de los aspectos reconocidamente deficientes de nuestra legislación ambiental[4]. Así, el establecimiento de la Superintendencia demuestra que en el país la protección ambiental ha pasado a tomar el lugar prioritario y de privilegio que requería desde hace largo tiempo. Las amplias potestades sancionatorias conferidas a la Superintendencia resultan un elemento de disuasión insoslayable para los desarrolladores de proyectos que pretendan infringir las normas ambientales y, en especial, aquellas relacionadas con el SEIA y la Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

Cabe recordar que hasta antes de la reforma del 2010, las normas de la Ley 19.300 relacionadas con la fiscalización se limitaban a aquellas contenidas en los antiguos artículos 56 y 64. La primera fue una norma cuya aplicación fue escasa o prácticamente nula[5]. En cambio, la segunda de ellas era la fuente legal en virtud de la cual se fiscaliza y sanciona la infracción de las normas y condiciones en base a las cuales se aprueba una RCA[6].

El antiguo marco legal sancionatorio de la Ley 19.300 adolecía de deficiencias y vacíos que fueron suplidos y justificados, en gran medida, a través de la aplicación de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, como también mediante dictámenes de la Contraloría General de la República. Así, por ejemplo, a falta de procedimiento sancionatorio establecido en la Ley, la CONAMA siguió la aplicación supletoria de las normas de la Ley N° 19.880. A su vez, el artículo 32 de la misma ley fue utilizado para fundamentar jurídicamente la suspensión de la operación de un proyecto mientras se incoaba el procedimiento administrativo[7]. Finalmente, la Contraloría General

[4] Al respecto, recordemos que el informe "Evaluaciones de Desempeño Ambiental" elaborado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico ("OCDE") en el año 2006 señaló que "Una política de fiscalización de la normativa ambiental sobre la base de la coordinación de los órganos sectoriales de supervisión y control no es la solución institucional más eficaz para asegurar su cumplimiento". Por su parte, el Mensaje Presidencial N°352-356, que dio origen a la Ley 20.417, señala como principal crítica que el sistema de fiscalización es "disperso e inorgánico lo cual genera muchos costos".

[5] El derogado art. 56 de la Ley N° 19.300 establecía que: "Corresponderá a las Municipalidades, en conformidad con su ley orgánica constitucional, y a los demás organismos competentes del Estado requerir del juez a que se refiere el artículo 60, la aplicación de sanciones a los responsables de fuentes emisoras que no cumplan con los planes de prevención o descontaminación, o con las regulaciones especiales para situaciones de emergencia ambiental, o a los infractores por incumplimiento de los planes de manejo a que se refiere esta ley". Las infracciones para los responsables eran: a) Amonestación; b) Multas de hasta mil UTM, y c) Clausura temporal o definitiva.

[6] La antigua redacción del art. 64 señalaba que: "Corresponderá a los organismos del Estado que, en uso de sus facultades legales, participan en el sistema de evaluación de impacto ambiental, fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el Estudio o se aceptó la Declaración de Impacto Ambiental. En caso de incumplimiento, dichas autoridades podrán solicitar a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, la amonestación, la imposición de multas de hasta quinientas unidades tributarias mensuales e, incluso, la revocación de la aprobación o aceptación respectiva...".

[7] Ver Resolución N° 17/2005, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de los Lagos (actual región de los Ríos), referida el procedimiento de sanción al proyecto "Valdivia" de la empresa Celulosa Arauco y Constitución S.A..

de la República aclaró el alcance del artículo 64 de la Ley N° 19.300 en cuanto a la aplicación del principio *non bis in idem* en relación con las facultades de los organismos sectoriales de aplicar multas en caso de incumplimiento de las normas y condiciones de la RCA[8].

En contraste, la Ley 20.417 no sólo supera estas deficiencias, sino que regula un complejo sistema que le entrega a la Superintendencia importantes atribuciones no sólo para sancionar fuertemente el incumplimiento normas ambientales, sino que también establece diversos programas de fiscalización, mecanismos de denuncia, autodenuncia, mecanismos de reparación,etc.[9].

Una primera reflexión que surge en torno al estatuto jurídico de la Superintendencia dice relación con el "salto geométrico" en los montos de las multas que esta entidad puede aplicar por la infracción de las normas o materias que son objeto de la fiscalización[10]. Según la antigua redacción del artículo 64 de la Ley N° 19.300 el marco de sanciones aplicables, por infracción a la RCA, contemplaba la amonestación verbal, la imposición de multas de hasta 500 Unidades Tributarias Mensuales (UTM), e incluso la revocación de la RCA. Por su parte la reforma, aparte de ampliar el ámbito de las infracciones ambientales, introduce un cambio notable en la cuantía de las multas, elevando el monto máximo a las 10.000 Unidades Tributarias Anuales y agregando la clausura temporal o definitiva de las operaciones[11]. En este sentido, el marco de las multas equivale a aquel establecido para aquellas áreas de servicios públicos regulados como son el sector eléctrico y el sector sanitario[12].

A nuestro parecer, este notorio incremento viene a demostrar que en nuestro país la protección al medio ambiente ha pasado a tomar un lugar de privilegio y prioritario. Si bien nos llama la atención el inmenso salto cuantitativo de la multa –y se extrañó la aplicación del principio de gradualidad–, creemos que su establecimiento es una señal clara para que los desarrolladores de proyectos consideren seriamente las posibles consecuencias de la infracción de normas ambientales. Como contrapartida a nuestro comentario anterior, existe la natural aprehensión sobre la forma en que la Superintendencia aplicará las sanciones y los criterios que se utilizarán para ajustar la entidad de la infracción

[8] Ver Dictamen N° 981, de 13 de enero de 2003, confirmado por Dictámenes N° 39.696/2005, N° 12.889/2007, N° 28.537/2007 y N° 12.062/2008.

[9] Para un acertada descripción de las atribuciones de la Superintendencia ver el artículo de BOETTIGER, Camila (2010) "Nueva Institucionalidad Ambiental", en *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo) N° 22: 429.

[10] A la fecha de este documento 500 UTM equivalen a $18.500.000, aproximadamente. En tanto 10.000 UTA equivalen a $4.500.000.000.

[11] Ver art. 38 de la Ley Orgánica de la Superintendencia.

[12] Respecto del monto de las multas, nos llama la atención la asimetría que se produce entre las sanciones que puede aplicar la Superintendencia, en relación con aquellas que pertenecen a un ámbito regulatorio relacionado e igual de importante, como por ejemplo el Código Sanitario, cuya cuantía llega a las 1.000 UTM.

al monto de la multa, sin caer en excesos o arbitrariedades. Considerando el altísimo monto de las multas no es aventurado afirmar que existe un alto riesgo de que se produzcan situaciones como las señaladas[13].

III. El fraccionamiento de proyectos en el SEIA

Tal como lo indica el Mensaje de la Ley 20.417[14], las normas relativas al fraccionamiento de proyectos se relacionan con aquellas modificaciones consideradas como "correctivas" al procedimiento del SEIA. Es decir, dicha norma se estableció como reacción a aquellas situaciones fácticas que implicaban evadir el ingreso al SEIA o atenuar la evaluación ambiental sin que hubiesen existido los mecanismos legales para corregir o sancionar dichas situaciones. A continuación analizaremos los principales aspectos de dicha regulación.

III. 1. Descripción de las normas relacionadas con el fraccionamiento de proyectos

El artículo 11 bis de la Ley 19.300 establece:

"Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades, con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y requerir al proponente, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, para ingresar adecuadamente al Sistema.

No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno que se realizará por etapas".

Para hacer cumplir la citada norma, la ley orgánica de la Superintendencia le confiere a ésta atribuciones específicas en el artículo 3 literal k), el que señala expresamente:

"Artículo 3°.- La Superintendencia tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

[13] Sin perjuicio de lo anterior, es de nuestro parecer que la reforma ha tomado los mínimos resguardos para garantizar que no se producirán los temidos abusos. En efecto, el art. 40 de la Ley Orgánica que crea la Superintendencia, contenida en el artículo segundo de la Ley N° 20.417, establece las circunstancias que deberán considerarse para aplicar la sanción correspondiente. Asimismo, el art. 41 permite la novedosa figura de la autodenuncia, en virtud de la cual el infractor podrá eximirse de la primera infracción, siempre y cuando ejecute íntegramente el programa de cumplimiento establecido en el art. 42.

[14] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Disponible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20.417&anio=2012

k) Obligar a los proponentes, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental, a ingresar adecuadamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cuando éstos hubiesen fraccionado sus proyectos o actividades con el propósito de eludir o variar a sabiendas el ingreso al mismo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 11 bis de la Ley N° 19.300".

Asimismo, el literal b) del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Superintendencia le confiere exclusivamente a la Superintendencia el ejercicio de la potestad sancionadora respecto del requerimiento señalado en el artículo 3° antes señalado:

"Artículo 35.- Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones:

b) La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3°".

Finalmente, la clasificación de las infracciones y su sanción están reguladas en los artículos 36 y 38 respectivamente. Recordemos que según este último artículo las sanciones pueden ser a) Amonestación por escrito; b) Multas de una a 10.000 UTA; c) clausura temporal o definitiva y; d) Revocación de la Resolución de Calificación Ambiental.

III. 2. Historia del precepto

III. 2.1. Mensaje presidencial

En el mensaje presidencial N° 352-356, que dio inicio a la discusión de la Ley 20.417, el artículo 11 bis es justificado como una norma de eficiencia necesaria para corregir un vacío del SEIA. La redacción original del artículo 11 bis establecía expresamente:

"Art. 11 bis. Los proponentes no podrán fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de eludir o variar a sabiendas el ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y obligar al proponente a ingresar adecuadamente a dicho Sistema.

No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas o correspondan a diferentes proyectos o actividades de conformidad a lo señalado en el artículo 10".

III. 2. 2. Discusión parlamentaria

En el Congreso, la discusión del precepto planteó interesantes discusiones que entregan luces sobre el sentido y alcance que se le puede dar a su interpretación.

En el primer trámite constitucional de la ley, recaído en la Cámara de Diputados, el Informe de la Comisión de Recursos Naturales señala que la inclusión de este artículo dará término a "prácticas poco sanas" en el SEIA[15]. Asimismo, ya en este informe se comenzó a asociar el fraccionamiento a proyectos específicos, como lo es el caso de Hidroaysén[16].

Sin embargo, la discusión principal se planteó a través de las indicaciones que plantearon los diputados Accorsi, Vallespín y Pascal. El primero de ellos solicitó reemplazar la excepción relativa a que los proyectos correspondan a distintas letras del artículo 10 de la Ley 19.300, por la frase *"o correspondan a diferentes proyectos o actividades que puedan desarrollarse o ejecutarse independiente uno del otro"*.

Además, el mismo diputado en conjunto con los demás señalados solicitaron agregar, como artículo 11 ter, el siguiente texto: "*Si el proyecto o actividad contempla la realización de dos o más proyectos o actividades, que por sí mismas, corresponden a aquellas enumeradas en el artículo 10, o presenten alguna de las características señaladas en el artículo 11, deberá someterse a una sola evaluación ambiental*". Tales indicaciones fueron aprobadas por la Comisión y también en la discusión en sala [17].

Por su parte, en la tramitación del artículo por la cámara revisora, el Senado, es posible encontrar también intervenciones parlamentarias e indicaciones sobre su alcance. Por ejemplo, en su intervención durante la discusión en general del proyecto de ley, el senador Letelier señala expresamente que: *"el nuevo sistema de evaluación de impacto ambiental pone término a fenómenos como el que hemos visto en HidroAysén, donde se pudo separar en dos un proyecto que tiene una sola lógica, y cierra las puertas a aquellos que recurren a ese tipo de prácticas para lograr la aprobación de sus iniciativas. Es decir, se termina con lo que se conoce como el "fraccionamiento de los proyectos"*[18].

---

[15] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág.120.

[16] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág.141.

[17] Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág.297. El artículo quedó aprobado bajo la siguiente redacción: *"Artículo 11 bis.- Los proponentes no podrán fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de eludir o variar a sabiendas el ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental. Será competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente determinar la infracción a esta obligación y obligar al proponente a ingresar adecuadamente a dicho Sistema".*
No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas o correspondan a diferentes proyectos o actividades que pueden desarrollarse o ejecutarse independientemente el uno del otro".

[18] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Págs. 884 a 885.

Es así como el artículo 11 bis fue objeto de diversas indicaciones, las que iban desde suprimir el artículo[19]; volver al sentido del texto original[20]; eliminar la frase "a sabiendas"[21]; especificar aun más que la excepción al fraccionamiento se refiere a proyectos que no tienen relación entre sí; hasta agregar un inciso adicional en el que se establecía que los proyectos que se ejecuten por etapas *"deberán ser sometidos como conjunto (sic) al SEIA"*[22].

Todas estas indicaciones hicieron que durante la discusión en sala se plantearan debates relevantes sobre la aplicación de la norma entre parlamentarios y el Poder Ejecutivo, representado por la entonces Ministra de Medio Ambiente, Ana Lya Uriarte[23]. Dichos debates se centraron principalmente en el alcance del concepto "a sabiendas" incluido en el precepto y sobre la excepción a la norma contenida en el inciso 2° del Artículo 11 bis, ambos aspectos que serán revisados más adelante.

La votación en la sala fue favorable para la última redacción del artículo 11 bis presentada por el Ejecutivo, lo que finalmente se plasmó en la Ley.

III. 3. Análisis de la norma

III. 3. 1. Conductas reguladas: eludir, a sabiendas, el ingreso al SEIA o variar el instrumento de evaluación

El artículo 11 bis introduce un elemento de intencionalidad específica en la ejecución de las acciones reguladas al indicar que el fraccionamiento debe realizarse a "sabiendas". Es decir, la ley exige que el titular de un proyecto lo fraccione con la intención explícita y positiva de evadir las normas del SEIA. Considerando la historia de la Ley 20.417, cabe afirmar que esta disposición vendría a hacerse cargo de prácticas "poco sanas" o del "uso malicioso" de las normas del SEIA.

A continuación se revisan dichas acciones o conductas.

a) Eludir el ingreso al SEIA

Este tipo de fraccionamiento se refiere a aquellos casos en que el titular de un proyecto evita el ingreso al SEIA para soslayar la evaluación ambiental de éste

[19] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág. 1010. Indicación senadora Alvear.
[20] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág. 1010. Indicación senador Longueira.
[21] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág. 1010. Indicación senador Allamand.
[22] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág. 1012. Indicación senadores Horvath, Navarro, Escalona y Núñez.
[23] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Págs. 1533-1535.

y la correspondiente autorización de funcionamiento que es la RCA. Recordemos que no todos los proyectos o actividades están sujetos al SEIA, sino que sólo aquellos listados en el artículo 10 de la Ley 19.300, complementado por el Artículo 3 del D.S. 95/2001, que contiene el Reglamento del SEIA. En caso que un proyecto no se encuentre en el listado mencionado, debe obtener para su ejecución las autorizaciones sectoriales que sean procedentes[24].

Ahora bien, el fraccionamiento de un proyecto para eludir el ingreso al SEIA puede ocurrir por cuanto la técnica legislativa elegida para determinar su pertinencia fue el de asociar a la tipología de proyectos contenida en el artículo 10 de la Ley 19.300, órdenes de magnitudes y/o parámetros mínimos, la mayoría contenidos en el Reglamento del SEIA, que al cumplirse hacen que un proyecto deba ser evaluado ambientalmente. La fórmula es simple: si un proyecto no cae dentro de las tipologías del artículo 10 o estándolo no cumple con los parámetros establecidos, no ingresa al SEIA[25].

De esta forma, bajo el supuesto del artículo 11 bis, el proponente de un proyecto debe evitar las normas del SEIA mediante la adecuación o fraccionamiento de su proyecto en términos tales que éste quede bajo los umbrales o presupuestos exigidos por las normas pertinentes. En otras palabras, el proponente debe desarrollar acciones tendientes a lograr que su proyecto no sea sometido a la evaluación ambiental y así liberarse de la revisión de sus impactos ambientales.

El ejemplo usual que se suele invocar en este caso se refiere a los desarrollos inmobiliarios que construyen sus proyectos por etapas en forma separada. De esta forma, cada etapa se construye por debajo de los parámetros de las normas que regulan el ingreso al SEIA, en circunstancias que el proyecto en su globalidad debió haber ingresado al SEIA[26].

Cabe señalar que bajo el esquema de la antigua Ley 19.300 la infracción a la regla de ingreso al SEIA no tenía sanción directa. La única forma de hacer valer la responsabilidad del titular que incumplía con esta norma era mediante la interposición de una demanda por daño ambiental –con todas las complejidades que esto implica– o mediante la exigencia específica que un organismo

[24] Pese a su obviedad, no resulta infructuoso enfatizar que no ingresar al SEIA en ningún caso libera a los proyectos de cumplir con las normas ambientales o con relevancia ambiental cuyo incumplimiento será sancionado sectorialmente. Todo lo anterior es sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre responsabilidad por daño ambiental establecidas en los artículos 51 y siguientes de la Ley 19.300.

[25] Cabe notar que nada impide que otras leyes, diferentes a la Ley 19.300, establezcan otros proyectos que deben ingresar al SEIA. Un ejemplo de esto lo constituyen los proyectos denominados "cotos de caza", cuyo ingreso al SEIA está regulado por el art. 10 de la Ley 4.601, que contiene la Ley de Caza.

[26] Los "proyectos inmobiliarios" o de "desarrollo urbano o turístico" están regulados por los literales g) y h) de los arts. 10 de la Ley 19.300 y 3 del RSEIA. En los inicios de la aplicación del SEIA algunos proyectos de este tipo podían eludir el ingreso al SEIA, por cuanto la Ley General de Urbanismo y Construcciones no establecía como requisito previo al otorgamiento del permiso de edificación la existencia de la RCA.

del Estado con competencia ambiental le hiciese, en caso que se le exigiera un permiso ambiental sectorial[27].

La modificación introducida por la Ley 20.417 corrigió este vacío legal no solo al introducir el artículo 11 bis, sino que también mediante el establecimiento del artículo 25 bis de la Ley 19.300, el que expresa: *"Las Direcciones de Obras Municipales no podrán otorgar la recepción definitiva si los proyectos o actividades a los que se refiere el artículo 10 no acreditan haber obtenido una resolución de calificación ambiental favorable"*. Esta norma permite contener e impedir la operación de todos aquellos proyectos que no ingresaron al SEIA, pero que por diversas razones obtuvieron sectorialmente el denominado "permiso de edificación" regulado por la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Es una forma indirecta de impedir la ejecución de proyecto sin la correspondiente visación ambiental.

Por último, cabe señalar que dicha conducta puede ser objeto de las máximas sanciones establecidas por la ley orgánica de la Superintendencia, por cuanto el artículo 36 de dicha Ley califica de "gravísimas" y "graves" las conductas que signifiquen ejecutar un proyecto al margen de las normas del SEIA y se constate la procedencia de un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental, respectivamente[28].

b) Variar el instrumento de evaluación

Según las normas del SEIA, un proyecto o actividad puede ser evaluado mediante la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA). La procedencia de uno u otro documento dependerá de la generación por parte del proyecto de alguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300[29]. De concurrir alguno de ellos, se debe presentar un EIA.

[27] Los permisos ambientales sectoriales son aquellos contenidos en los Artículos 66 y siguientes del RSEIA. Según el artículo 20 de la Ley 19.300, éstos no pueden ser otorgados sin una previa resolución de calificación ambiental favorable.

[28] Según el artículo 39 de la ley orgánica de la Superintendencia, las infracciones gravísimas puede ameritar sanciones que van desde la revocación de la Resolución de Calificación Ambiental, clausura o aplicación de multas de hasta 10.000 UTA. Por su parte en el caso de las infracciones calificadas como graves proceden las mismas sanciones de revocación o clausura, pero la multa puede llegar hasta las 5.000 UTA.

[29] El artículo 11 de la Ley 19.300 señala que se deberá presentar un EIA si el proyecto presenta o genera alguno de los siguientes efectos, características o circunstancias: a) Riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) Efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; e) Alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) Alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

Hay que recordar que la elaboración y tramitación de uno u otro documento difiere en diversos aspectos, como por ejemplo: procedimiento, normas sobre participación ciudadana, medidas de mitigación, compensación y reparación, profundidad de los análisis y evaluaciones técnicas, entre otras. En general, ocurre que la presentación de una DIA debiese implicar mayor rapidez y simpleza en la evaluación del proyecto, siendo esta característica la que puede impulsar a los proponentes o titulares de un proyecto o su modificación a preferir su elaboración por sobre el EIA.

En este contexto, esta segunda hipótesis de conducta regulada por el artículo 11 bis requiere que el proponente defina o fraccione el proyecto en forma tal que sus impactos no generen ninguno de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 antes señalado. Otra forma de infringir esta disposición podría ser la presentación de sucesivas DIA de diversas partes correspondientes, en definitiva, a un proyecto mayor, de manera tal que el impacto acumulativo o sinérgico de todos los proyectos evaluados, en su conjunto, ameriten la presentación de un EIA[30]. Sobre este aspecto nos referiremos más adelante.

Ahora bien, tal como ocurría en el caso anterior, la antigua redacción de la Ley 19.300 no contenía disposición alguna que sancionara o regulara esta situación. Eso sí, existía la facultad para el órgano evaluador de rechazar una Declaración de Impacto Ambiental cuando estimaba que concurría alguno de los efectos características o circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300[31]. Sin embargo, esta facultad era insuficiente y no permitía abordar los casos que pretende regular la redacción del artículo 11 bis.

III. 3. 2. Alcances de la expresión "a sabiendas"

Como se expresó, el uso de la expresión "a sabiendas" en el artículo 11 bis denotaría la exigencia explícita de una especial intención volitiva o propósito para "eludir" o "evitar" las normas de la Ley 19.300 respecto del ingreso del proyecto al SEIA y a su forma de evaluación. En otros términos, el reproche de culpabilidad al infractor de la norma se relacionaría con el fraccionamiento malicioso y derechamente doloso que éste hace de su proyecto.

Al respecto, una interrogante natural que nos surge de la eventual aplicación del artículo 11 bis es que si al requerirse una especial intención dolosa por parte

[30] La Ley 20.417 que modificó la Ley 19.300 introdujo, en el Art. 2 letra h) bis, el concepto de "Efecto Sinérgico" definiéndolo como "aquél que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes supone una incidencia ambiental mayor que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente". Por su parte se suele definir como "efecto acumulativo" a "aquel que se produce cuando el efecto conjunto de la presencia simultánea de varios agentes *supone* una incidencia ambiental igual que el efecto suma de las incidencias individuales contempladas aisladamente".

[31] LEY 19.300 (1994). Art. 19.

del infractor, debiese entenderse que se descartan todos aquellos fraccionamientos de proyectos que, pudiendo tener la apariencia de infracción, sean ejecutados por el titular del proyecto con desconocimiento o por efecto de un análisis erróneo de las consecuencias de su acción, de tal manera que no exista la voluntad dolosa de infringir la norma[32]. En este sentido, cabe preguntarse si en la aplicación de la norma puede el proponente invocar una conducta negligente e ignorante al fraccionar su proyecto.

Al respecto, durante la discusión parlamentaria el senador Navarro preguntó a qué se refiere el concepto "a sabiendas". La Ministra del Medio Ambiente de la época respondió expresamente que "*este término tiene importancia para la aplicación de la sanción, que va a significar la aplicación de una sanción más severa. Para probar esta circunstancia se usarán pruebas que dirán relación con el tipo de asesoría que ha recibido el infractor, la experiencia en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, con lo cual se establecerá una presunción legal*"[33]. Es decir, aparentemente para la autoridad ambiental de entonces, el término "a sabiendas" debiese ser considerando como una circunstancia agravante de la conducta infractora.

A nuestro juicio, si la aseveración consignada en la historia de la Ley fuese correcta, es decir, si la expresión se considerase como una circunstancia agravante, no se entendería su inclusión en el artículo 11 bis, bastando la mera aplicación de las normas generales del derecho administrativo sancionatorio o, más específicamente, de las normas del artículo 40 de la Ley Orgánica de la Superintendencia, por cuanto dicho artículo establece como circunstancia a considerar en la determinación de la sanción, "*la intencionalidad en la comisión de la infracción y el grado de participación en el hecho, acción u omisión constitutiva de la misma*".

Sin embargo, a la luz de lo reseñado en la historia de la ley, como también del tenor literal del precepto, es posible señalar que el artículo 11 bis requiere la concurrencia de una especial intención dolosa no siendo suficiente, en nuestra opinión, la mera infracción a la norma por razones que pueden ser estimadas como negligentes, descuidadas e incluso aquellas derivadas de la interpretación errónea de las normas.

La disyuntiva descrita no es trivial por varias razones. En primer lugar porque, tal como se comentó en la Sección II de este artículo, las multas que la Superintendencia puede imponer son de un alto monto, llegando incluso a varios millones de dólares, como por ejemplo, en el caso que no se ingrese un proyecto al SEIA debiendo hacerlo a través de un EIA.

[32] Debe recordarse que el senador Navarro propuso eliminar la frase "a sabiendas", indicación que no fue acogida. Ver nota al pie N° 22.
[33] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág. 1553.

Asimismo, la definición de los proyectos, sus partes, componentes y su ingreso al SEIA es una decisión compleja y que está entregada a la iniciativa del propio titular del proyecto, sin que la autoridad tenga injerencia en el desarrollo de su concepto original hasta antes de su presentación en el SEIA. Es así como detrás de la conceptualización de cualquier proyecto existe un largo trecho que implica análisis económicos, sociales, ambientales, de ingeniería, etc., los que en algunos casos son realizados por consultores externos especializados en temas ambientales.

De esta manera, cada etapa del proyecto significa una cadena de decisiones de gestión y de estrategia con miras a obtener las autorizaciones y permisos necesarios para, finalmente, ejecutar el proyecto respectivo. Estos actos preparatorios e intermedios respaldan y justifican la decisión del titular del proyecto de ingresar al SEIA como también el tipo de documento a presentar.

En consecuencia, la probanza de la infracción del artículo 11 bis debe recaer en el análisis de este tipo de acciones de manera tal que vayan configurando la voluntad o intención expresa de eludir las normas del SEIA, debiendo descartarse, repetimos, las conductas culposas del titular del proyecto[34].

Ahora bien, la determinación del contenido culposo de la conducta, en términos tales que permitan diferenciar dicha conducta de aquella calificada como dolosa, y que por tanto no es reprochable por el artículo 11 bis, será parte de las tareas que deberá enfrentar la Superintendencia.

Vislumbramos diversas situaciones prácticas en que la Superintendencia deberá esmerarse en lo señalado. Por ejemplo, es sabido que en muchos casos la interpretación de las normas referidas a las conductas sancionadas, especialmente aquellas contenidas en el artículo 11 de la Ley 19.300, requieren de detallados estudios científicos y legales quedando su aplicación en ocasiones sometida a aquello que se conoce en materia ambiental como la decisión o criterio de "experto", que no es más que la opinión calificada dada por quien tiene las aptitudes y el reconocimiento académico para emitir dicha opinión.

Otro caso similar ocurre cuando el actuar del titular del proyecto está respaldado por opiniones o decisiones de autoridad en virtud de las cuales se señala que el proyecto o su modificación no ingresan al SEIA[35].

[34] Los artículos 28 y 29 de la Ley Orgánica de la Superintendencia confieren a los funcionarios de ésta amplias facultades para ingresar a los inmuebles donde se realizan las operaciones que caen en el ámbito de su fiscalización, tomar muestras, registros y en general ejecutar cualquier medida tendiente a hacer constar el estado y circunstancias de la actividad fiscalizada. Asimismo, está facultada para requerir "la declaración de los representantes, directores, administradores, asesores y dependientes de los sujetos fiscalizados, como asimismo a testigos, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones".

[35] Existe la práctica administrativa denominada "pronunciamiento sobre la pertinencia de ingreso al SEIA", en virtud del cual el titular de un proyecto consulta a la Autoridad competente, el Servicio de

III. 3. 3. Excepción legal al fraccionamiento del inciso 2° del artículo 11 bis

El inciso 2° del artículo 11 bis señala lo siguiente: *"No se aplicará lo señalado en el inciso anterior cuando el proponente acredite que el proyecto o actividad corresponde a uno cuya ejecución se realizará por etapas"*.

Como se indicó en la sección III.2, dicha excepción fue discutida por los senadores Navarro y Girardi respecto a la aplicación "maliciosa" que pudiesen dar los titulares de los proyectos frente a la posibilidad de justificar el fraccionamiento de un proyecto señalando o declarando que se éste se ejecutaría por etapas. Específicamente, los senadores cuestionaron que la Ley 19.300 permita que proyectos que se ejecuten por etapas puedan presentar continuas Declaraciones de Impacto Ambiental en circunstancias que el proyecto debido a sus impactos sinérgicos haya ameritado, en definitiva, que debió haber sido evaluado mediante un Estudio de Impacto Ambiental[36]. En su intervención, el senador Girardi incluso señaló que *"en este caso se está generando deliberadamente un implemento para vulnerar el estudio del impacto ambiental, con pleno conocimiento del Ejecutivo"*[37].

Este aspecto fue fuertemente discutido y aclarado por la Ministra de Medio Ambiente de la época, quien aclaró que *"en caso de que se presente un proyecto por etapas deberá acompañarlo de una Carta Gantt, que indique las etapas, la duración de cada una de ellas, es decir, existirá una situación documentada que impedirá que se consume el fraude"*[38]. Además, la Ministra señaló que esta "*iniciativa legal incorporará los efectos sinérgicos que antes no existían, que en el caso de una construcción por etapas será necesario acreditarlos y no se podrá ingresar al sistema antes de que se haya terminado la ejecución del proyecto anterior*".

Al respecto, coincidimos con la Ministra Uriarte en que tal aprensión no tiene asidero, por cuanto el artículo 11 bis es explícito en requerir que se "acredite" que el proyecto corresponde a uno cuya ejecución se hará por etapas. Lo anterior conlleva necesariamente a que el titular de un proyecto deba dar prueba o evidencia, mediante la presentación de diversos medios y sus debidos fundamentos, de que su proyecto es fraccionable debido a que éste implica su ejecución en diversas etapas.

Asimismo, también concordamos con que el problema ambiental que supone la ejecución de un proyecto por etapas, esto es, que se dejen de evaluar im-

Evaluación Ambiental, sobre la aplicación del artículo 10 de la Ley 19.300. Muchas veces este pronunciamiento es solicitado por los organismos de la Administración del Estado que deben otorgar algún permiso ambiental sectorial.

[36] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Págs. 1533-1535.

[37] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág. 1533.

[38] BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): Historia de la Ley 20.417. Pág. 1553.

pactos ambientales que de concurrir harían que el proyecto deba hacerlo por un estudio, se supera mediante la aplicación del concepto de efectos sinérgicos o acumulativos antes explicados. Dichos conceptos deben ser incorporados en los análisis técnicos que realicen los titulares del proyecto y reflejarse en la evaluación ambiental. Además, más allá de la existencia de dichos conceptos, a nuestro juicio existen en la legislación actual diversos mecanismos que garantizan que los impactos de un proyecto fraccionado sean debidamente considerados para efectos de determinar la concurrencia de un EIA.

En efecto, no se debe olvidar que el SEIA es un procedimiento administrativo complejo que implica la participación de diversos órganos del Estado con competencia ambiental que participan en la evaluación y que van determinando, dentro de la esfera de sus competencias, la suficiencia de la DIA en relación con los impactos del proyecto. En este sentido, el procedimiento de evaluación de una DIA considera la figura del "término anticipado del procedimiento", que permite, dentro de los 30 días siguientes al ingreso de la DIA, no continuar con el procedimiento de evaluación cuando la autoridad ambiental estime que procede un EIA[39]. Además, aun en el caso que la DIA supere esta etapa, subsiste la posibilidad de rechazarla por proceder el EIA en aplicación del artículo 18 de la Ley 19.300.

IV. Jurisprudencia: El fraccionamiento de proyectos en el caso del "Proyecto Eléctrico Aysén"

IV. 1. Descripción de la controversia

El Proyecto Hidroeléctrico Aysén consiste en la construcción y operación de conjunto de 5 centrales generadoras de energía eléctrica del tipo embalse, que en su conjunto generarían 2.750 megawatts de energía[40]. Después de notorias controversias y discusiones, dicho proyecto fue aprobado ambientalmente mediante la Resolución Exenta N° 225 del 13 de mayo de 2012, de la Comisión de Evaluación de la XI Región. Dicha Resolución fue impugnada judicialmente mediante la interposición de cinco recursos de protección. Uno de dichos recursos utilizó como argumento principal el hecho que el titular del proyecto, Centrales Hidroeléctricas Aysén S.A., habría infringido la Ley 19.300 al fraccionar el proyecto y omitir en la evaluación ambiental la línea de transmisión eléctrica

[39] El artículo 18 bis señala que "Si la Declaración de Impacto Ambiental carece de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiese ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, o si el respectivo proyecto o actividad requiere de un Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda, así lo declarará mediante resolución fundada, ordenando devolver los antecedentes al titular y poniendo término al procedimiento".

[40] Para mayor detalle ver http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?id_expediente=3103211&idExpediente=3103211&modo=ficha

(en adelante también LAT) que le permitirá transportar la energía generada por el conjunto de centrales generadoras aprobadas.

Al respecto, tanto la Corte de Apelaciones de Puerto Montt como la Corte Suprema rechazaron dichas argumentaciones.

A nuestro juicio, dichas sentencias, tanto en sus votos de mayoría como de minoría, generaron interesantes y enriquecedores criterios que pueden iluminar el alcance del artículo 11 bis.

IV. 2. Argumentos de las partes en el recurso de protección

A continuación se presenta un resumen de lo principales argumentos de la parte **recurrente** en el recurso:

- El titular del proyecto ha reconocido expresamente que el proyecto incluye la construcción de una LAT, única y exclusiva, que forma parte integral de su proyecto. Basado en una serie de antecedentes corporativos y declaraciones de las compañías responsables del proyecto, la recurrente señala que resulta evidente que la LAT que transportará la energía eléctrica generada hacia el Sistema Interconectado Central es una parte inseparable y esencial del proyecto y que no fue sometida a la evaluación ambiental. Se enfatiza, a través de largos análisis, que tanto las centrales generadoras como la LAT responden a un mismo fin económico constituyendo, por tanto, una sola unidad económica que debió ser evaluada en un mismo documento ambiental. En opinión de los recurrentes para el proponente del proyecto Hidroaysén estaba obligado legamente a presentar conjuntamente todas y cada una de las partes de su proyecto, el que como se ha señalado incluye la LAT. Dicho de otro modo, para los recurrentes, la compañía "optó ilegalmente por separar ambas fases del mismo proyecto en dos EIA distintos, lo que ha impedido que la autoridad tenga una clara visión del real impacto ambiental de la totalidad del proyecto y los efectos sinérgicos que éstos producirán al interactuar unos sobre otros".

- El titular del proyecto arbitraria e intencionadamente fraccionó sus partes con el evidente objetivo de "ocultar el efecto sinérgico que se generará entre las centrales y la línea de transmisión de corriente continua, debido a su íntima interrelación"[41]. Para los recurrentes, el presentar el proyecto fraccionado "omite las reales consecuencias que éste puede tener para el medio ambiente" [42]. En este sentido, la presentación de un proyecto fraccionado impide aplicar el principio preventivo que inspira a las normas del SEIA, "pues no

[41] Recurso de apelación Rol 34-2011 pág. 16.
[42] Recurso de apelación Rol 34-2011 pág. 18.

considera los efectos (¿negativos?) que la suma de sus factores implica en el medio ambiente (efecto sinérgico) impidiendo su real dimensionamiento (sic) ambiental y evitando que se le puedan imponer condiciones que los eviten, mitiguen o compensen, o, lisa y llanamente, su rechazo (...)"[43].

El proponente ha confundido las situaciones regladas en el artículo 10 de Ley 19.300 en el sentido que la Ley en "parte alguna ha establecido que siempre deban evaluarse por separado los que ella enumera"[44]. Los recurrentes indican que de seguir la interpretación por la contraparte la empresa "debería haber presentado ocho (8) EIA, incluyendo la línea de transmisión"[45].

- El artículo 11 bis introducido por la Ley 20.417 "ha reiterado expresamente la prohibición de fraccionar los proyectos". Señala que en este caso la empresa titular del proyecto varió el instrumento de evaluación ambiental con el fin de ocultar o diluir la evaluación de los efectos sinérgicos. Agrega que esta prohibición sólo vino a reconocer la existencia de la prohibición de fraccionamiento en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

- En resumen, los recurrentes señalan que "surge la necesidad legal imperiosa de evaluar el proyecto en su conjunto, esto es, incluyendo su línea de transmisión dado que forman un mismo proyecto" siendo indiferente que los "titulares del proyecto sean distintas personas naturales o jurídicas, dado que lo que se evalúa es el proyecto".

Asimismo, los **recurridos** invocaron como argumentos de defensa, principalmente los siguientes:

- Las normas del artículo 10 de la Ley 19.300 aplicables al proyecto Hidroaysén no indican la obligatoriedad de presentar un proyecto de central generadora de energía con su LAT. Es más, el artículo 10 tipifica estos proyectos en literales distintos[46].

- El titular del proyecto es quien debe describir el proyecto que somete al SEIA, correspondiéndole a las autoridades ambientales administradoras del SEIA determinar si dicha descripción es apropiada[47]. El hecho de no incluir las otras partes simplemente significa que éstas no han sido aprobadas y, por ende, el que desee ejecutarlas deberá cumplir con la normativa pertinente. Por esta razón la línea de base debe evaluarse en torno a lo presentado y no en base a situaciones hipotéticas.[48]

[43] Recurso de apelación Rol 34-2011 pág. 35.
[44] Recurso de apelación Rol 34-2011 pág. 32.
[45] Recurso de apelación Rol 34-2011 pág. 33.
[46] Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 113.
[47] Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 113.
[48] Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 113.

IV. 3. Pronunciamientos de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt y de la Corte Suprema en relación con el fraccionamiento de proyectos

Como se indicó, los recursos de protección en contra el proyecto Hidroaysén fueron rechazados en ambas instancias con votos divididos. A continuación pasaremos a resumir los principales argumentos invocados tanto por los votos de mayoría como de minoría de los mencionados fallos. Para efectos de evitar una extensión innecesaria los hemos refundido.

Los votos de mayoría señalaron lo siguiente:

- La Ley 19.300 no contiene normas que exijan perentoriamente el ingreso al SEIA de las centrales y la LAT como un solo proyecto, incluso existiendo diversas causales de ingreso para cada uno de ellos. Asimismo, la LAT deberá ingresar al SEIA oportunamente cumpliendo con las normas de ingreso al SEIA pertinentes[49].

- La línea de base debe evaluarse en función del proyecto presentado. Además, si se presentase un efecto sinérgico con motivo de la evaluación ambiental de la LAT existe la atribución contenida en el articulo 25 quinquies de la Ley 19.300 que permite la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental cuando "ejecutándose el proyecto, las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron establecidas las condiciones o medidas hayan variado sustantivamente en relación con lo proyectado o no se hayan verificado, todo ello con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.[50]

- En el SEIA se han evaluado gran cantidad de proyectos de LAT que han sido evaluados en forma separada a sus centrales. Al tener que ingresar en forma ineludible al SEIA no es efectivo que no se evaluarán los efectos sinérgicos, por cuanto "las normas sobre plan de seguimiento ambiental y la posibilidad de revisión de la resolución de calificación ambiental de que tratan los artículos 12°, 11° ter 25° quinquies de la Ley N° 19.300; artículo 63° del Reglamento del SEIA se hacen cargo de la realidad dinámica y cambiante entre las interacciones del ser humano y el medio ambiente, de manera de adecuarlas en pos de un desarrollo sustentable"[51].

- No se advierte una infracción al artículo 11 bis de la Ley 19.300, por cuanto, pese a que el proyecto ingresó antes de su vigencia, no se observa la intención subjetiva o el dolo de eludir el ingreso al SEIA o variar el instrumento

[49] Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 40. Corte Suprema (2012). Pág. 26.
[50] Corte Suprema (2012). Pág. 26.
[51] Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 114.

de evaluación. Por lo demás, queda establecido que la LAT será construida y operada por terceros diferentes del proponente actual.[52]

A su vez, el voto de minoría indicó lo siguiente:[53]

- Si bien no se advierte que la empresa manifiestamente fraccionó el proyecto para evitar ingresar la LAT al SEIA, se estima que el fraccionamiento es "plausible sólo en el caso que la otra etapa de la fracción del proyecto no forme parte necesariamente de la Línea de Base del primero, ya que si es así, necesita conocerse imperiosamente las características de esta última fracción, máxime si esta fracción altera la competencia del órgano que debió conocer la evaluación"[54].

- Considerando que la LAT es parte de un mismo proyecto, la Línea de Base estaría incompleta por cuanto no contendría todos los antecedentes necesarios para evaluar adecuadamente los impactos del proyecto en su totalidad.

V. Comentarios finales

- La regulación del fraccionamiento de proyectos contenida en el artículo 11 bis de la Ley 19.300 se justifica como una norma correctiva del uso malicioso que se hacía por parte de algunos titulares de proyectos que eludían el ingreso al SEIA o que variaban el instrumento de evaluación. La fiscalización de esta norma corresponderá a la Superintendencia de Medio Ambiente.

- El artículo 11 bis exige que el fraccionamiento de proyectos haya sido realizado con el propósito expreso y doloso, la intención positiva, de soslayar las normas del SEIA. La infracción no alcanzaría para la conducta negligente del proponente. A su vez, la excepción a la norma legal contenida en el inciso 2° del artículo 11 bis requiere acreditar en forma concreta la circunstancia de que el proponente ejecutará el proyecto por etapas. No basta la mera declaración de esta circunstancia.

- Las sentencias de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema en el caso Hidroaysén confirman la necesidad de una intención o propósito doloso de fraccionar un proyecto con el objeto de eludir las normas de ingreso del SEIA. Otro aporte interesante de las sentencias de las Cortes es la existencia

[52] Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 116.
[53] Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 192.
[54] Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2011). Pág. 192.

de diversas normas sobre revisión de la RCA o de la inclusión de los efectos sinérgicos en los proyectos que, de alguna forma, aminoran los efectos que la inclusión del artículo 11 bis pretende evitar.

- Pese a su aparente simplicidad, la aplicación de las normas sobre fraccionamiento conllevará la existencia de elementos de difícil apreciación y respecto de los cuales la Superintendencia deberá esmerarse en definir, utilizando plenamente sus facultades.

Limitaciones a la facultad de exclusión de prueba del juez de garantía: una reforma necesaria al Código Procesal Penal

Alejandro Leiva López
Profesor de Justicia Criminal
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El artículo plantea que la actual redacción del artículo 276 del Código Procesal Penal posee una serie de facultades de carácter amplio entregadas al juez de garantía, lo cual lo autoriza a excluir medios probatorios de forma desmedida o arbitraria. Dichas facultades le permiten además delimitar el contenido de las garantías y derechos constitucionales, lo cual escapa a la esfera de sus atribuciones y vulnera las normas constitucionales respectivas.

Finalmente, postulamos inconstitucional el artículo 277, ya que limita el derecho a interponer recursos procesales en contra del auto de apertura del juicio oral, lo que atenta contra el debido proceso y la igualdad ante la ley.

***

Introducción

El actual sistema de justicia penal ha establecido atribuciones a los jueces de garantía, las cuales lo facultan para influir en los resultados del procedimiento de manera radical, especialmente a través de la exclusión de pruebas. En muchos casos, se trata de pruebas esenciales para que el tribunal oral en lo penal –órgano que conoce finalmente del Juicio Penal– pueda tomar un conocimiento cabal del asunto sometido a su jurisdicción y fallar conforme a Derecho.

Postulamos por la modificación de las normas que consagran dichas prerrogativas, puesto que éstas atentan contra el sistema de cautela de garantías fundamentales y vulneran los principios del debido proceso, resultando por ende inconstitucionales.

1. La exclusión de pruebas en el proceso penal.

Recientemente hemos sido testigos de un intenso debate en el que se ha puesto en duda la eficacia de un sistema procesal penal de naciente aplicación y de índole eminentemente garantista, el cual no provee de herramientas eficaces al Ministerio Público para cumplir su función persecutora, obtener justicia y cumplir con el fin último del Estado, cual es el bien común.

La denominada Cuarta Enmienda de la Constitución norteamericana otorga a las personas la seguridad de que no serán ellas, ni sus bienes objeto de registro o medidas infundadas (*unreasonable searches*), garantía que se protege a través de la llamada regla de exclusión, conforme a la cual no se podrá utilizar en juicio evidencia obtenida con infracción a esta norma.[1]

Es así como se han construido teorías que legitiman la exclusión de pruebas en aras de proteger los derechos de las personas de abusos que puedan cometer las policías y otros entes, en la actividad persecutoria penal.

Sin embargo, y tal como lo ha señalado el profesor Tavolari, "la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos de América ha aceptado, entre otras hipótesis, que tal evidencia será admisible en juicio cuando la infracción se ha cometido de buena fe, pero principalmente cuando un policía razonablemente bien capacitado (*reasonably well-trained*) ha creído que no existía infracción".[2]

En otras palabras, en aquellos sistemas en que el proceso penal detenta un mayor tiempo de aplicación, a diferencia de nuestro país, se reconocen límites claros a las facultades de los tribunales al momento de excluir pruebas. Y es que dichos sistemas mantienen un adecuado equilibrio entre las garantías de los imputados versus el derecho de las víctimas y la sociedad a obtener fallos ajustados a la justicia.

Incluso, como el mismo Tavolari señala, "Causó preocupación en la Comisión la norma contenida en el inciso segundo, que permite al juez rechazar pruebas sin que esta resolución pueda ser apelable...".

"...Entendió [la Comisión] que el propósito obedece a que esta audiencia debe fijar el contenido del juicio oral y, precisamente, se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, así como que un sistema de recursos demasiado amplio podría

[1] TAVOLARI (2005) p. 30, nota 32.
[2] TAVOLARI (2005) p. 30, nota 32.

significar la paralización del proceso, porque todos apelarían ante cualquier prueba que se les suprima...".

Ello, como ya hemos señalado, atenta contra el debido proceso, tanto en cuanto es el tribunal oral en lo penal el que determinará la responsabilidad penal de los imputados, absolviendo o condenando, para lo cual debe en forma imperativa formarse un juicio cabal de las circunstancias que existen para tomar su decisión acorde a la justicia.

Es por ello que la exclusión de pruebas debe limitarse, y posible de ser objetada mediante recursos procesales.

Jeremy Bentham dijo que "excluir pruebas es excluir justicia", lo que nos lleva a preguntarnos si estamos dispuestos a mantener con tanta amplitud este tipo de instituciones.

Tal como lo señala el mensaje del Código Procesal Penal (en adelante "CPP"), el juez de garantía tiene la facultad y el deber de preparar el juicio oral, fijando el tribunal competente, su objeto, las personas que en él intervendrán, **y determinando las pruebas que deban producirse en atención a los ofrecimientos formulados por las partes.**

En cuanto al control de admisibilidad de las pruebas, se señaló, a nuestro juicio equivocadamente, que éstas tienen el carácter de "limitadas en un sentido negativo", esto es, que sólo se puede rechazar pruebas por causales específicas, destinadas a cautelar la adecuada realización del juicio.

Creemos que esta afirmación, tanto en la práctica como en la abstracción de las normas, es incorrecta, ya que, entre otras razones, el juez de garantía tiene un omnímodo poder de "tribunal resolutor anticipado". Para ello nos fundaremos: (1) tanto en el tenor literal como la finalidad de las normas del Código Procesal Penal; (2) la inconstitucionalidad de la facultad exegética del juez respecto al contenido y delimitación de los derechos fundamentales; y (3) la incompetencia del juez de garantía para limitar la facultad de conocimiento del asunto por parte del tribunal oral en lo penal.

1.1 Crítica a las normas que facultan la exclusión de pruebas en el CPP.

El artículo 276 del CPP, que trata sobre la "Exclusión de pruebas para el juicio Oral", consagra que:

"El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren

manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.

Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseare acreditar unos mismos hechos o circunstancias que **no guardaren pertinencia sustancial** con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas **y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.**

Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral".

Como se constata del tenor literal de la norma, las facultades de limitación y exclusión de pruebas del juez de garantía, pese a que su fin ha sido el de restringirlas y por ello han sido planteadas en términos, al parecer, "taxativos", padecen de una redacción que es ambigua y permite, de facto, una aplicación extralimitada que escapa al fin del legislador.

En otras palabras, el tribunal ha sido revestido con el poder de determinación e interpretación de los conceptos de "manifiesta impertinencia" o "pertinente sustancialidad" de la prueba, conceptos que, convengamos, no gozan de la mayor de las objetividades, y que por ello están sujetos a múltiples factores exegéticos, comenzando por la propia individualidad racional del juez, su experiencia y antigüedad en el cargo, la naturaleza del medio probatorio por excluir, entre otros, sin mencionar –lo cual es de la mayor relevancia– sus propias e íntimas convicciones personales acerca de la culpabilidad del imputado, su ideología política (por ejemplo en casos de delitos terroristas), o su particular pensamiento ético-religioso (como en los delitos de abusos sexuales o de violación), factores que pese a que afectan o pueden incidir en todo tipo de tribunales, aquí sí revisten de especial relevancia, puesto que el juez de garantía NO es el llamado en definitiva a resolver el asunto sometido a su conocimiento, sino quien lo sucede, esto es, el tribunal oral en lo penal.

En esta línea, el sistema entrega en múltiples normas facultades que rozan peligrosamente la arbitrariedad como factor de decisión del juez para limitar de medios probatorios a los intervinientes.

Basta con citar la redacción amplísima que contiene el artículo 316 del CPP, que reza:

"El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes **otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo**".

De la misma falencia adolece el inciso tercero del mencionado artículo 276, que entrega la amplia prerrogativa de exclusión respecto de aquellas diligencias y actuaciones obtenidas con **inobservancia de garantías fundamentales**, norma que no establece limitación alguna respecto a cuál o cuáles pueden ser las garantías esenciales que han sido quebrantadas.

Esta norma nos lleva a plantear el segundo punto, relativo a la constitucionalidad de dicha facultad:

1.2 La inconstitucionalidad de la facultad exegética del juez respecto al contenido y delimitación de los derechos fundamentales.

Llama poderosamente la atención la redacción de dicho inciso tercero, teniendo presente que tanto el constituyente como el legislador, toda vez que han querido consagrar acciones tendientes a cautelar garantías constitucionales, lo han hecho mediante una estricta enumeración, o a lo menos, una delimitación atingente a determinados derechos garantidos por el constituyente, los que en ningún caso, con la excepción del aquí analizado, se refieren en términos amplios respecto de los derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, el artículo 20 de la Constitución, al consagrar la acción de protección, especifica que:

"El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio **de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°,12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25°** podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre (...)".

Continúa en su inciso segundo puntualizando que:

"Procederá, también, el recurso de protección **en el caso del N° 8° del artículo 19** (...)".

Misma delimitación contempla el artículo 21 de la Carta Fundamental, al indicar que el recurso de amparo sólo procede cuando se prive, perturbe o amenace, **la libertad personal o seguridad individual** de la persona, aludiendo directamente a las garantías consagradas únicamente en el numeral séptimo del artículo 19.

Tampoco constituye una excepción a este sistema de cautela de garantías el recurso de amparo económico regulado por el artículo único de la Ley 18.971, que señala en su inciso primero:

"Cualquier persona podrá denunciar **las infracciones al artículo 19, número 21**, de la Constitución Política de la República de Chile".

En materia tributaria, por su parte, se tutelan los derechos del contribuyente, mediante el recientemente publicado artículo 155 de la Ley 20.322, que reza:

"Si producto de un acto u omisión del Servicio, un particular considera vulnerados sus derechos **contemplados en los numerales 21°, 22° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República**, podrá recurrir ante el Tribunal Tributario y Aduanero (...)".

E igual sistema es respetado por el Procedimiento de Tutela Laboral, regulado por los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, que consagran:

"El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral (...) que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos **los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero**, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, **4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto**, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador (...)".

Empero, y en abierta contraposición a este estricto sistema de cautela de garantías, el Código Procesal Penal funda sus normas en el principio opuesto, esto es, el de la amplitud e indeterminación de los derechos a cautelar por el tribunal, propiciando una interpretación dilatada y desmedida de las garantías consagradas o de aquellas no expresamente reconocidas por el constituyente, pudiendo así limitar medios probatorios por causales que ni la propia Constitución ha contemplado para ello.

Así, el artículo 9° del CPP, que recoge el principio de Autorización Judicial Previa, le entrega la potestad para determinar cuándo una actuación del procedimiento vulnerará respecto del imputado o un tercero, **los derechos que la Constitución asegura**, sin limitar qué derechos son susceptibles de vulneración por parte de las policías o el Ministerio Público.

Asimismo, el artículo 10 del CPP, que recoge el principio de Cautela de Garantías, le reconoce el poder para, en cualquier etapa del procedimiento en que estime que el imputado no está en condiciones de ejercer **los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes**, adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias **para permitir dicho ejercicio**.

En el mismo tenor encontramos el artículo 234, que faculta al juez para poner cierre a la investigación con el objeto de **cautelar las garantías de los intervinientes**.

En la aplicación práctica de las normas señaladas, el juez de garantía podría excluir una prueba esencial para la determinación de la inocencia o culpabilidad del imputado.

Pensemos, por ejemplo, en la exclusión de medios probatorios consistentes en restos óseos humanos hallados legalmente por Carabineros de Chile en un lugar que hace las veces de templo y que sirven en particular al ejercicio de un culto determinado.

Dada la naturaleza extrema de dichos restos, no queda sino considerarlos presumiblemente como objeto o resultado de la comisión de un crimen o simple delito, pero que sin embargo, a juicio del tribunal, forman parte de la propia manifestación y expresión cultural o religiosa del imputado, amparándose la exclusión en su errada interpretación del numeral séptimo del artículo 19 de la Constitución.

Y nada limita tampoco al juez para excluir medios probatorios fundándose en un atentado contra derechos difusos, como los derechos sociales o prestacionales; o incluso interpretar directamente uno de los numerales del artículo 19 de la Constitución, estableciendo nuevas categorías que de acuerdo a su pensamiento moral, ético, a su sesgo ideológico o escuela filosófica, constituyen derechos dignos de ser tutelados.

En este sentido, puede eventualmente el tribunal de garantía no *autorizar* actuaciones policiales, cautelar derechos, o excluir medios probatorios, fundándose en la interpretación propia que le merezcan los derechos fundamentales.

En síntesis, el CPP entrega la facultad de exégesis constitucional a un órgano que carece de dicha atribución, puesto que ella escapa a su competencia y vulnera el artículo séptimo de la Carta Fundamental.

1.3 Incompetencia del juez de garantía para limitar la facultad de conocimiento del asunto por parte del tribunal oral en lo penal.

Surge de las normas aludidas con antelación, la interrogante –analizando el problema desde un enfoque opuesto– de hasta dónde el legislador puede limitar la facultad de conocimiento –como momento del *iuris dicere*– del asunto por parte del tribunal oral en lo penal.

Planteamos que el CPP, como fundamento que ilumina su contenido, ha resuelto que durante el proceso penal, **es el juez de garantía en la fase intermedia quien determina, tanto desde un punto de vista sustantivo como formal, el contenido de mayor relevancia del proceso**, esto es, los medios de prueba a través de los cuales se adquirirá la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

Ello vulnera abiertamente el concepto de jurisdicción consagrado constitucionalmente en el artículo 76, y legalmente en el artículo que inicia el Código Orgánico de Tribunales, los cuales establecen y definen la jurisdicción y sus momentos, entre ellos, por supuesto, el de conocer el asunto recaído en su competencia.

Un tribunal oral en lo penal que carece de medios probatorios para poner término al conflicto, puesto que ellos le han sido vetados, no está en su esencia ejerciendo jurisdicción, puesto que desconocerá los antecedentes que han sido aportados por las partes, pero rechazados por su antecesor, como hemos visto, con facultades ilimitadas.

Corresponde a este último, por tanto, la mera ordenación formal de la prueba y su recepción, constituyéndose como tribunal en la etapa en que éste conoce la mera recepción de la prueba y el debate sobre la misma, prueba que, como ya señalamos, ha sido previamente demarcada.

En este sentido, y como lo señala el mensaje del CPP, en la audiencia de juicio oral "se regula detalladamente el orden y la forma en que debe producirse la prueba", mas no su admisibilidad de origen.

Pierde así valor, contenido y justicia la actividad jurisdiccional del tribunal oral, que como hemos revisado, puede fundarse su sentencia en una verdad procesal absolutamente limitada, careciendo de sentido el contenido de la misma.

Así se desprende del inciso segundo del artículo 340, que reza: "El tribunal formará su convicción **sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral", prueba que ha sido perfecta y previamente delimitada y filtrada, y por ende, privada al tribunal oral en lo penal.**

En el mismo tenor, carece de relevancia el contenido formal del fallo, al señalarse en el artículo 342 letra C del CPP que:

"La sentencia definitiva contendrá: la exposición **clara, lógica y completa** de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, **y de la valoración de los medios de prueba** que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297".

Rige de esta forma un sistema penal en el que un tribunal diverso al que determina la culpabilidad o inocencia del imputado, conoce con mayor amplitud las circunstancias que servirán para el juzgamiento de los acusados, sin contar con que además determinará el tribunal competente, el objeto y las personas que en él intervendrán.

En definitiva, la facultad de exclusión de pruebas está siendo ejercida por un órgano jurisdiccional que en la práctica no ejerce tal atribución de decisión, ergo, incompetente.

2. La inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal que limita la interposición del recurso de apelación contra la resolución que excluye pruebas[3]

El CPP contempla de manera excepcional el recurso de apelación en contra de la resolución que excluye pruebas –auto de apertura del juicio oral–, lo cual atenta contra el debido proceso, puesto que limita de manera arbitraria la interposición del recurso a los demás intervinientes, alejándolos de la supuesta eficiencia y celeridad de que se jacta el sistema.

Así, se faculta únicamente al Ministerio Público para interponer dicho recurso en contra de la resolución que excluye determinadas pruebas, lo cual sin duda es un elemento que agrava aun más la institución que aquí se propone modificar, atentando flagrantemente contra el debido proceso.

De tal forma, alejados de los principios del debido proceso, se acordaron las normas que aquí se propone modificar: "se acordó establecer un recurso a favor

[3] Tema que ya hemos tratado con mayor profundidad. Ver LEIVA (2011) pp. 371 a 385.

sólo del fiscal para apelar ante la Corte de Apelaciones contra el rechazo de pruebas que provengan de diligencias declaradas nulas o hayan sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Así, se evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar. El recurso se concede en ambos efectos. Lo anterior no obsta a que las partes deduzcan por esta causa el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, si ello procediere de acuerdo a las reglas generales..."[4].

Si además de que se le entregue la facultad de excluir pruebas libremente al juez de garantía, no consagramos un recurso a cada uno de los intervinientes que busque al menos objetar dicha resolución, el problema se agrava y la vulneración del debido proceso es aun mayor, tal como veremos a continuación.

El Tribunal Constitucional ha declarado en dos oportunidades inaplicable el precepto contenido en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, puesto que éste sólo facultad al Ministerio Público para interponer el recurso de apelación frente a la resolución que excluye medios probatorios, privándole a los demás intervinientes el derecho a impugnar tal resolución. Este precepto es absolutamente inconstitucional, no tan sólo por vulnerar el principio de igualdad ante la ley, sino por constituir un atentado contra el principio del debido proceso.

En dos notables fallos[5] nuestro Tribunal Constitucional (en adelante "TC"), con fechas 28 de enero, y 9 de septiembre de 2010, declaró inaplicable para el caso concreto el inciso segundo del artículo 277 de nuestro Código Procesal Penal en virtud de que el precepto contenido en él vulneraría las garantías constitucionales establecidas en los numerales 2 y 3 del artículo 19, esto es, el principio de igualdad ante la ley y las normas relativas al debido proceso.

En efecto, el inciso segundo del artículo 277 del CPP establece que: "El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, **cuando lo interpusiere el ministerio público**[6] por la exclusión de pruebas

[4] TAVOLARI (2005) pp. 182 y ss.

[5] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Nelson Arnaldo Pino San Martín respecto de la oración "cuando lo interpusiere el ministerio público", contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, en relación con la causa RUC N° 0800510604-5, seguida ante el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso; y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Rocío Zamorano Pérez respecto de la oración "cuando lo interpusiere el ministerio público" contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal en la causa RUC N° 080100636-9, RIT N° 8867-2008, por los delitos de parricidio y homicidio calificado, seguida ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago.

[6] En negrita precepto declarado inaplicable en las causas señaladas.

decretada por el juez de garantía (...)", así, la norma en comento priva a los demás intervinientes del proceso de su derecho a interponer tal recurso frente a la exclusión de pruebas, lo cual por cierto constituye un perjuicio que hace procedente tal medio de impugnación.

2.1 El debido proceso.

El principio del debido proceso constituye aquel conjunto de garantías que el constituyente consagra en favor de las partes de un juicio en el que se asegure el derecho a impetrar acciones judiciales y el derecho a defensa, un juez objetivo e imparcial, un procedimiento expedito y eficiente, **la posibilidad de aportar medios probatorios, la igualdad de armas de quienes participan en él, y la posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior, a través de recursos y medios oportunos y ciertos.**

A partir de este principio –consagrado constitucionalmente[7]– podemos construir todo aquel conjunto de obligaciones y deberes a que están sometidos tanto el legislador como los tribunales de justicia en la creación de las normas procesales y su aplicación.

Es deber del legislador respetar este principio, puesto que las normas que rigen y dirigen la actividad jurisdiccional influyen sustancialmente en la forma en que el juez conocerá de los hechos y del derecho –limitando los primeros y declarando el segundo–, y por tanto a través de los cuales aplicará su facultad de *ius dicere*.

A su vez, es deber de los tribunales de justicia procurar la aplicación concreta del principio del debido proceso, ya sea promoviendo y respetando la bilateralidad de la audiencia, fundando sus fallos en la mantención irrestricta de su imparcialidad y, entre otras, respetando el principio de la doble instancia.

2.2 Debido proceso, medios de impugnación e igualdad ante la ley.

La labor del juez, que por su naturaleza debe ser un tercero imparcial a los intereses de las partes, –intervinientes en el nuevo proceso penal–, es la de sopesar a través de su balanza cada una de las alegaciones aportadas, ya sea a través de escritos, incidentes, defensas, excepciones o recursos, y así, en forma objetiva y primordialmente ecuánime, fallar conforme a derecho el asunto sometido a su decisión.

[7] "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos." Artículo 19 N° 3 inciso cuarto de la Constitución Política de la República.

Necesariamente y bajo este presupuesto, la norma –general y abstracta–, debe ante todo consagrar, reconocer y propugnar dicha objetividad propia de un debido proceso. La norma que no permite al juez mantener dicha imparcialidad atenta contra la esencia misma de la actividad jurisdiccional, el principio del debido proceso y sin duda el principio de igualdad ante la ley. Nuestra Constitución así lo consagra y reconoce[8], la cual como ley fundamental impregna el ordenamiento jurídico y le otorga validez, razón por la cual aquellas normas que sean contrarias al fin último de nuestra Carta deberán ser expulsadas de éste.

Así, tanto la actividad jurisdiccional como la legislativa deben apuntar en una misma dirección, cual es respetar los principios constitucionalmente consagrados, promoverlos y reafirmarlos.

De esta forma, la norma que restringe la interposición de medios de impugnación, sea este un recurso de apelación, casación o reposición, goza de validez y legitimidad siempre y cuando esté amparada por un fundamento racional e igualitario que justifique su restricción.

Al igual que la Constitución, no hay duda que la ley puede hacer diferencias y discriminaciones, puesto que ha sido establecida para ser aplicada a casos concretos a través de un proceso de interpretación y aplicación individualizada a las personas, sean éstas partes litigantes, contratantes, intervinientes, privilegiados o sancionados.

Así también lo ha declarado de forma reiterada nuestro TC, al señalar que la igualdad ante la ley "consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición"[9].

Pese a lo señalado, la concesión o restricción de recursos procesales –recurso de apelación para el tema que aquí analizamos– a quienes son partes litigantes en un juicio implica necesariamente que el legislador, al crear las normas, deba observar y considerar el principio del debido proceso mediando racionalidad y fundamentación.

Cierto es que el legislador está facultado para reservar el recurso de apelación en contra de determinadas resoluciones judiciales o para determinados casos

[8] En el ya mencionado artículo 19 N° 3.
[9] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535, considerando trigésimo tercero.

específicos que él mismo establezca. Así se observó en las discusiones de la Comisión Ortúzar relativas al reconocimiento del principio del debido proceso: "Creemos que el legislador debe tener flexibilidad para contemplar la segunda instancia en los casos y oportunidades que estime necesario"[10], sin embargo, la facultad de impugnar, alegar o reponer, jamás podrá significar la indefensión para una de las partes y un arma para la otra.

En otras palabras, el legislador tiene estrictamente prohibido dotar a una de las partes en juicio de un medio u arma procesal y negárselo a las demás. Esto necesariamente implica un desbalance que trae aparejado el desamparo de uno de los intervinientes, y protección del otro. Constituye así un sobrepeso en el equilibrio absoluto que debe mantener el tribunal frente a los intervinientes, lo cual desnaturaliza su función jurisdiccional.

Es más, aun existiendo una discriminación en el otorgamiento del recurso que se funde o sostenga en una diferencia razonable y no arbitraria –esto es, respetando el principio de igualdad ante la ley–, aun así, se vulneraría sin duda alguna el debido proceso y el equilibrio en la *cognitio* del magistrado, tornando la *litis* incierta, ineficaz, torcida e injusta.

Así, y en sintonía con lo que aquí hemos planteado, el precepto legal contenido en el artículo 277 del CPP afecta y se desentiende del mandato constitucional, que como ya hemos revisado, contiene el denominado principio del debido proceso. Es a través de este principio que podemos concluir que el derecho a interponer recursos procesales –en este caso el de apelación– no puede ser entendido sólo en beneficio de uno de los intervinientes, toda vez que la resolución afecta a ambos por igual.

En este sentido, el fallo Rol N° 1502 del 9 de septiembre de 2010 declara "que la aplicación de esa expresión, contenida en el referido artículo 277, inciso segundo, produce un resultado inconstitucional, habida cuenta que dentro de la causa sub lite, frente a idéntica situación de agravio, consistente en una resolución que priva de un medio de prueba, se otorga el derecho a apelar a un interviniente activo y al otro no"[11].

Así, el precepto que analizamos faculta sólo al Ministerio Público para la interposición del recurso de apelación en contra de la resolución que excluye un medio probatorio por haber sido éste obtenido con inobservancia de las garantías fundamentales, bajo el supuesto que, como es el Ministerio Público el encargado de dirigir la investigación y las policías, sólo éste podría vulnerar dichas garantías, y por tanto sólo este podría ser perjudicado por la exclusión de pruebas.

[10] SILVA (2005) p. 78.
[11] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, considerando séptimo.

Fundamento que tiene cierta lógica, puesto que quien está habilitado para investigar con amplias facultades y por tanto quien es más proclive a vulnerar garantías constitucionales, es ciertamente el Ministerio Público. De ello se explica que dentro del proceso penal exista el denominado principio de la "autorización judicial previa"[12], que busca precisamente limitar la posible transgresión de garantías por parte del Ministerio Público y regular así los casos en que éstas se produzcan.

Sin embargo, y así lo corroboran las causas que sirvieron de origen a los dos fallos que mencionamos, no tan sólo el Ministerio Público puede vulnerar dichas garantías, sino también los demás intervinientes en el proceso penal. Por supuesto comenzando con el defensor o querellante, quienes naturalmente también realizan gestiones investigativas, todas las cuales serán esenciales en sus respectivas defensas o acusaciones. Por ahora mencionar: la recopilación de antecedentes, documentos, escritos, declaraciones testimoniales, fotografías, material audiovisual, instrumentos del crimen, etc., todas actividades que implican que en su obtención puedan eventualmente vulnerarse garantías constitucionales.

El precepto legal, por tanto, vulnera el principio de igualdad ante la ley, puesto que frente a una resolución que causa agravio tanto al Ministerio Público como a otros de los intervinientes, sólo faculta al primero para impugnar dicha resolución, realizando una diferencia que no tiene fundamento ni raciocinio, y por tanto contraria al mandato constitucional. Termina señalando el TC que "(...) en consecuencia, existiendo dos sujetos activos en un mismo proceso penal, toma cuerpo una discriminación arbitraria cuando se entiende que solamente uno puede apelar por exclusión de la prueba, y el otro no"[13].

Un debido proceso, o más puntual aun, un sistema de recursos en que el legislador impide la interposición de recursos, y dicha inhabilidad produce efectos permanentes en juicio, en este caso limitando los medios probatorios de una de las partes (los cuales revisten caracteres de esencialidad para una adecuada defensa), implica necesariamente un desconocimiento de lo que el constituyente tuvo a la vista al consagrar el principio.

Si la institucionalidad creada en torno a los medios de impugnación, pese a consagrarlos, impide que positivamente éstos permitan una defensa eficaz –que tenga la capacidad de lograr el efecto que se desea o espera–, y por tanto, inhabilitan a ejercer una defensa oportuna y eficiente, dicha institucionalidad no está respetando el proceso legal que la Constitución reclama.

[12] Contenido en el artículo noveno del Código Procesal Penal.
[13] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, considerando décimo tercero.

Tan importante como la consagración a favor de la partes de uno o más recursos procesales, es que éstos en la realidad permitan efectuar una defensa que sea efectiva. Un medio ineficiente y tardío podrá eventualmente recomponer un proceso viciado, sin embargo aquel no es el sistema que el constituyente manda establecer.

Por tanto el actual sistema –como lo vemos reflejado en el CPP– niega y vulnera el debido proceso, quedando como única alternativa la modificación o eliminación de aquellos preceptos atentatorios al régimen ordenado por el constituyente.

Así también lo ha entendido el TC, iluminándonos al señalar que "se tuvo especialmente en cuenta que es deber del Estado promover el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, conforme ordenan sus artículos 5°, inciso segundo, y 6°, incisos primero y segundo, entre los cuales se encuentra **el derecho a una tutela judicial eficaz**[14] que les asiste a las partes, incluido el imputado, así como el acceso a la jurisdicción en todos los momentos de su realización, con el propósito de excluir, justamente, cualquier forma de indefensión"[15].

Conclusiones

En primer lugar, señalamos que la actual redacción del artículo 276 del CPP, posee una serie de facultades ilimitadas entregadas al juez de garantía, y no restrictivas como el legislador se propuso, lo cual lo autoriza a excluir medios probatorios de forma desmedida o incluso arbitraria.

Dichas facultades lo autorizan, además, a delimitar el contenido de las garantías y derechos constitucionales, lo cual escapa a la esfera de sus atribuciones y vulnera las normas constitucionales respectivas. No es labor del juez de garantía darle contenido a un derecho constitucional, al interpretar cuándo ellos son vulnerados por un determinado medio de prueba.

Escapa a la vez de su competencia, la facultad de excluir medios probatorios indispensables para que el tribunal oral en lo penal tome conocimiento, y por ende ejerza justicia sobre el asunto que sólo este último es llamado a

[14] La negrita es nuestra.

[15] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1502, considerando octavo. Idea que se menciona reiteradamente, entre otras, en su considerando décimo séptimo: "tutela judicial efectiva". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535; Considerando décimo séptimo: "sin dilaciones indebidas". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535; Considerando vigésimo: "que le da eficacia al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva" TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), Rol N° 1535.

dirimir. La ley, por ende, está limitando en su esencia la atribución constitucional entregada a este tribunal denominada "jurisdicción", consagrada en el artículo 76 de la Constitución, y el artículo primero del Código Orgánico de Tribunales.

Finalmente, postulamos inconstitucional lo consagrado en el artículo 277 del CPP, en cuanto a que, además de establecer la facultad de excluir pruebas por parte del juez de garantía, se limite el derecho a interponer recursos procesales en contra de dicha resolución, lo cual sin duda atenta contra el debido proceso y la igualdad ante la ley.

Bibliografía citada

EVANS, Enrique (1986): *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo II.

GOZAÍNI, Osvaldo (2004): "El debido proceso en la actualidad" / *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* ISSN 1870-8390, N°. 2, 2004, págs. 57-70 [Fecha de consulta: 24 de Mayo de 2011] Disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/2/pdf/73_86.pdf

LEIVA, Alejandro (2011): "Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso", *Revista Actualidad Jurídica,* Año XII, N° 24 (Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo) pp. 371-385.

MEINS, Eduardo (1999): "El debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno y en el nuevo Código de Procedimiento Penal" / *Revista Ius et Praxis, año/vol. 5 número 001.* Universidad de Talca, Chile. Pp.445-460.

RODRÍGUEZ, Pablo (2001): "El "debido proceso" a la luz de la ley chilena" / *Revista Actualidad Jurídica, Año II, N° 3, enero de 2001.* Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile.

SILVA, Alejandro (2005): *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo VIII.

TAVOLARI, Raúl (2005): *Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). P. 440.

Jurisprudencia citada

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol N° 1502, 9 de septiembre de 2010 [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2011] Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1553.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol N° 1535, 28 de enero de 2010 [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2011] Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1309

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010), rol N° 1001, 29 de enero de 2008 [Fecha de consulta: 30 de mayo de 2011] Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/729

Nuevo procedimiento para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores

Héctor Oberg Yáñez
Profesor de Derecho Procesal

Resumen: Lo que se pretende con estas reflexiones es dar una visión general acerca del Proyecto de Código Procesal Civil, examinando no sus instituciones particularmente, sino aquello que se puede vislumbrar en lo venidero ante el uso y el abuso de lo electrónico en el sistema judicial, y que puede llevar a una transformación de lo que actualmente se conoce como Poder Judicial, cuando no a su extinción como tal.

***

Para los fines de tener claridad en la aplicación del procedimiento que será objeto de examen, es útil traer a colación qué se entiende por interés colectivo o difuso. Al efecto, el art. 50 de la Ley N° 19.496 establece: "Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos". Considera, asimismo, que "son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual". En una palabra, son intereses metaindividuales, transindividuales.

En lo que atañe al tribunal competente para conocer de estas acciones, serán "los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales" (art. 50 A), y la demanda en sí se sujeta a los requisitos mencionados en el art. 51 en sus numerales uno al nueve, que no han sufrido alteraciones con la Ley N° 20.543, y que es posible encontrar en detalle en la obra que se menciona en la cita[1]. Además, puede prorrogarse la competencia de acuerdo a lo dispuesto en el C.O.T.

A. Admisibilidad (art. 52)

1. Se ha sustituido este artículo por uno nuevo, que crea un procedimiento especial para ejercitar la acción de protección del interés colectivo o difuso de

[1] Cortez Matcovich, Gonzalo. *El nuevo procedimiento regulado en la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores*, Editorial LexisNexis, Chile, 2004, págs. 112 y sgtes.

los consumidores, aun cuando es posible observar que se mantienen algunas ideas de la regulación anterior.

2. Presentada la demanda, el tribunal debe proceder a examinarla para determinar su admisibilidad o inadmisibilidad. Asumirá la primera de las actitudes en la medida que constate la concurrencia de los siguientes elementos:
a) si la demanda ha sido formulada por uno de los titulares legitimados activos que se mencionan en el art. 51.

b) si la demanda contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifiquen en forma razonable la afectación del interés colectivo de los consumidores, en los términos del art. 50.

3. Si el tribunal estima admisible la demanda, lo declarará así dictando la correspondiente resolución, la cual dispondrá, además, que se ponga en conocimiento del demandado mediante el traslado pertinente. Nada se dice sobre la forma de notificar este proveído, por lo cual será preciso recurrir a las normas de carácter general sobre la materia existente en el C.P. Civil.

Esta declaración en su letra b), a nuestro juicio, constituye un pronunciamiento sobre el fondo del asunto litigioso, y que el juez emite con conocimiento de los antecedentes para pronunciar sentencia. En tal situación dicho juez estará implicado para entrar a conocer del litigio. Habría sido más apropiado que esta alegación hubiere sido objeto de una excepción dilatoria de parte del demandado.

4. Notificada la demanda en forma legal, se genera un término de emplazamiento de diez días fatales para su contestación. No se considera un aumento de éste, conforme al art. 259 C.P.C., de manera que puede estimarse que ello sí es posible.

5. Discurre a continuación la ley acerca de los recursos que pueden hacerse valer en contra de la resolución que declaró admisible la demanda. Empero, cabría preguntarse si es factible oponer una excepción dilatoria a esa demanda, o si por el contrario la declaración de admisibilidad tácitamente impide su ejercicio. ¿Acaso no sería posible alegar una incompetencia, una litis pendencia, o aquella otra que se contiene en el art. 21 del C.P. Civil (la *exceptio litis pluris consortium*)? A simple vista, nos parece perfectamente posible, y, por ende, antes de pensar en los recursos que franquea la ley, será del caso tramitar el incidente respectivo, que es de aquellos de previo y especial pronunciamiento, y sólo después de su fallo, asertivo o negativo, y una vez firme, será la oportunidad de proseguir o no con la tramitación regular.

6. La resolución que declara admisible la demanda puede impugnarse por medio de un recurso de reposición, que en la clasificación que se hace en doctrina,

tendrá el carácter de especial –se está ante una sentencia interlocutoria y un plazo también particular–, recurso que debe hacerse valer en el término de diez días fatales, que se cuenta desde la notificación de la demanda. Su interposición produce un efecto interruptivo, y lo deja en claro el texto legal: "El recurso de reposición interrumpe el plazo para contestar la demanda".

Una de las novedades que configura este procedimiento es la creación de un nuevo efecto en materia de recursos, y para el que nos preocupa, el de reposición. En efecto, atribuye a dicho recurso un efecto "interruptivo" al manifestar que "el recurso de reposición interrumpe el plazo para contestar la demanda". Habrá que suponer que para este legislador interrumpir es sinónimo de suspender, y que, por ende, lo que realmente quiere significarse es que se está en presencia del efecto suspensivo del mentado recurso de reposición. Aun cuando interrumpir y suspender no son términos que jurídicamente puedan estimarse sinónimos.

7. El recurso de reposición se sujeta a tramitación –no se resuelve de plano, aunque los antecedentes en que se funde consten en los autos–, pues del escrito respectivo, que deberá ser fundado aduciendo que no se cumple con alguno de los requisitos del art. 52, se confiere traslado por tres días fatales al demandante, el cual una vez que expire –con o sin la respuesta del caso– el tribunal deberá resolver si acoge o rechaza la reposición. Por ende, no hay recepción a prueba del recurso, lo que se traducirá en que la fundamentación del mismo tendrá que contener claramente todas las alegaciones, hechos y circunstancias que hagan verosímil la pretensión de inadmisibilidad. La resolución que rechaza la reposición se notifica por el estado diario, y "el demandado deberá contestar la demanda en el plazo de diez días fatales". Respecto de la resolución que acoge la reposición, nada expresa la ley acerca de su notificación. Sin embargo, no se divisa razón alguna para no aplicar la misma norma del caso al fallo desestimatorio de la reposición, y por tanto, también notificarlo por el estado diario, más aún cuando es posible impugnarlo.

8. Si la reposición aludida se desestima, aún es posible mantener la incertidumbre acerca de la admisibilidad de la demanda, puesto que conjuntamente se ha podido interponer un recurso de apelación subsidiario de la solicitud de reposición y para el caso que ella no sea acogida. Esta apelación se concede en el solo efecto devolutivo y la resolución que así lo otorga "deberá determinar las piezas del expediente que, además de la resolución apelada, deban fotocopiarse para enviarlas al tribunal superior para resolver el recurso". Respecto del desarrollo posterior de la apelación se aplicarán las reglas generales que rigen en la materia, ante el silencio del legislador sobre el tema.

8.1. Rechazada la reposición interpuesta y declarada admisible la demanda, se ordenará contestarla o se la tendrá por contestada, si no se interpuso reposi-

ción, el juez dispondrá en la misma resolución que el actor dentro de décimo día "informe a los consumidores que puedan considerarse afectados por la conducta del proveedor demandado, mediante la publicación de un aviso ... para que comparezcan a hacerse parte o hagan reserva de sus derechos". El aviso en referencia se hará "en un medio de circulación nacional y en el sitio web del Servicio Nacional del Consumidor", que deberá mantenerse publicado hasta el último día del plazo, que es de veinte días hábiles "contados desde la publicación en el medio de circulación nacional". El efecto de la reserva de derechos que pueda formularse es la inoponibilidad de los resultados del juicio.

8.2. En cuanto al contenido del aviso, lo fijará el secretario del tribunal, el que contendrá, a lo menos, las siguientes menciones:

1. "El tribunal de primera instancia que declaró admisible la demanda". La redacción de esta exigencia es defectuosa, ya que esta declaración puede tener su origen en una resolución de segunda instancia. Más adecuado habría sido aludir al tribunal que está conociendo del asunto.

2. Fecha de la resolución que declaró admisible la demanda. También sería del caso indicar la fecha en que la demanda ha sido notificada.

3. La individualización del actor, mencionando el rol único tributario o cédula nacional de identidad del representante del compareciente.

4. Individualización del demandado proveedor, con indicación de su rol único tributario.

5. Una breve exposición de los hechos y las peticiones concretas que se someten a consideración del tribunal.

6. El llamado a los afectados por los mismos hechos para hacerse parte o para que hagan reserva de sus derechos, advirtiendo que aquellos que no se apersonen al juicio le empecerán sus resultados.

Este aspecto hay que concordarlo con el inc. 4° del art. 53, que dispone que el efecto que se sigue de la reserva de derechos, si la hay, es "la inoponibilidad de los resultados del juicio".

En consecuencia, del tenor de estas regulaciones cabe concluir que los resultados del juicio únicamente afectan a los que no se hicieron parte en él, y que no opera respecto de los que formulan reserva de sus derechos, que solamente comparecen al litigio sin ánimo de apersonarse al mismo.

7. Por último, expresar "que el plazo para comparecer es de veinte días hábiles a contar de la fecha de la publicación".

De esta forma los posibles afectados tienen un plazo mayor que aquel que tiene el demandado para contestar la demanda –10 días–, luego habrá que esperar el transcurso de los veinte días para saber si existen otros titulares de la acción intentada y pueda, entonces, el demandado contestar cubriendo todas las pretensiones que se han formulado. Lo descrito sería lo lógico, empero hay una pequeña dificultad: el plazo para contestar la demanda es fatal, y por su solo transcurso precluye el derecho de hacerlo valer más allá de su expiración. Sin embargo, podría argüirse que los otros titulares sólo se van a adherir a lo pretendido por quien accionó, y de esta suerte el demandado no precisa evacuar una nueva contestación, de ahí que se utilice por la ley la expresión "para que comparezcan...", y vencido el plazo de veinte días seguirá el desarrollo del procedimiento por su vía regular.

9. Al otorgarse la apelación en el efecto devolutivo es necesario dar cumplimiento a la obligación que le asiste al apelante de depositar en la secretaría del tribunal, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la notificación de la resolución del caso, "la suma que el secretario estime necesaria para cubrir el valor de las fotocopias", de lo cual se dejará constancia en el proceso precisando la fecha y el monto del depósito, atestado que cumplirá el secretario. "Si el apelante no da cumplimiento a esta obligación, se le tendrá por desistido del recurso, sin más trámite". Se ha traído a este procedimiento lo señalado en el art. 197 del C. P. Civil.

10. Si bien esta ley contempla ciertas situaciones que pueden derivarse del recurso de apelación, nada obsta que puedan hacerse valer llegado el caso, un recurso de hecho y una adhesión a la apelación, que se regirán por las disposiciones respectivas del C.P. Civil.

Asimismo, tendrán lugar los medios anormales directos e indirectos de extinción del recurso de apelación, si fueren procedentes, e incluso solicitar informes en derecho, si se dan las condiciones para ello.

B. Inadmisibilidad

1. Ahora bien, si el tribunal decide declarar inadmisible la demanda, esta resolución es susceptible de impugnarse por un recurso de reposición y apelación subsidiaria, que deben intentarse dentro de diez días fatales, que se cuentan desde la notificación por el estado de la resolución respectiva. La apelación se otorga en ambos efectos.

El efecto que se sigue de la declaración de inadmisibilidad es habilitar el ejercicio de la acción en forma individual ante el juzgado competente, de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del art. 2 bis. En todo caso, hay que tener presente

que lo expresado no constituye un impedimento para que todo legitimado activo pueda formular una nueva demanda colectiva que se funde en nuevos antecedentes. Luego, se está en presencia de una cosa juzgada formal, y podría hablarse de la renovación de la acción reclamatoria.

C. Tramitación propiamente tal

1. Contestada la demanda, en forma real o ficta, el juez citará a las partes a una audiencia de conciliación, para dentro de quinto día, la que se llevará a efecto con las partes que asistan. A esta audiencia las partes deben comparecer representadas por apoderado con poder suficiente, y presentarán bases concretas de arreglo. El papel del juez es de un amigable componedor, y tratará de obtener una conciliación total o parcial en el litigio –suponemos sobre las bases de arreglo presentadas por los litigantes–. Las opiniones que emita el juez no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa. Hay que advertir que esta conciliación tiene matices diferentes de la contemplada en el C.P. Civil, pues en ésta es el juez el llamado a proponer "personalmente bases de arreglo".

Asimismo, es menester considerar que se debe comparecer representado por apoderado con poder suficiente, y con esta exigencia no se está aludiendo al mandato judicial necesariamente. Son situaciones diferentes, una comprendida en la Ley N° 18.120 y la otra que puede quedar regulada por las normas del mandato civil del Código Civil.

2. Para facilitar la deliberación de las partes la audiencia de conciliación, a su petición, puede suspenderse, y si el tribunal lo estima necesario la postergará para dentro de tercero día, de lo cual se dejará constancia, llevándose a cabo la nueva audiencia sin necesidad de una nueva notificación de las partes.

3. De la conciliación total o parcial se levantará acta que consignará sólo las especificaciones del arreglo, la cual suscribirán el juez, las partes que lo deseen y el secretario, considerándose como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales, especialmente para los establecidos en el art. 54.

4. Si se rechaza la conciliación o no se celebra la audiencia de estilo, y el tribunal estima que hay hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, recibirá la causa a prueba por el término de veinte días –no se establece que este plazo sea de días hábiles ni que tenga el carácter de fatal–, teniendo en cuenta que los hechos a fijarse son los que se registran "en los escritos anteriores a la resolución que ordena recibirla". ¿Cómo se notifica esta resolución? Una vez más se guarda silencio y es menester recurrir a las reglas generales sobre la materia contenidas en el C.P. Civil, esto es, se notificará por cédula. En lo que atañe a las pruebas, todas se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica, y se

producirán conforme a las disposiciones que sobre este aspecto se contienen en el C. Civil y el de Procedimiento Civil básicamente.

5. De no existir estos hechos controvertidos, sustanciales y pertinentes, "se citará a las partes para oír sentencia". Empero, si el demandado al contestar la demanda solicita "que la demanda sea declarada temeraria por carecer de fundamento plausible o por haberse deducido de mala fe", y se apliquen al actor las sanciones previstas en el art. 50 E, el juez tendrá que recibir la causa a prueba necesariamente, fijando "como hecho sustancial y controvertido" la citada declaración, lo anotado aun cuando no existan otros hechos controvertidos.

6. Acerca de los requisitos que debe guardar la sentencia, que será definitiva, serán los del art.170 del C. de P. Civil y los del Auto Acordado de 1920, de la Excma. Corte Suprema. Igualmente este fallo se notificará siguiéndose lo prescrito en el art. 48 y art. 162 del C.P. Civil, y podrá impugnarse por el recurso de apelación, que se concederá en ambos efectos.

Además de tales requisitos, y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 53 C, esta sentencia deberá:

a) Declarar la forma en que tales hechos han afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores;

b) Declarar la responsabilidad del o de los proveedores demandados en los hechos denunciados y aplicar la multa o sanción que fuere procedente;

c) Declarar la procedencia de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones y el monto de las mismas a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos, cuando corresponda;

d) Disponer la devolución de lo pagado en exceso y la forma en que se hará efectiva, si se trata de un cobro indebido de determinadas sumas de dinero, o si el litigio versó sobre productos defectuosos, se dispondrá la restitución de su valor al momento de efectuarse el pago.

e) Disponer la publicación de avisos, con cargo al infractor, a lo menos en dos oportunidades distintas, en diarios locales, regionales o nacionales que el juez señale, "con un intervalo no inferior a tres ni superior a cinco días entre ellos".

El contenido de tales avisos es de cargo del secretario del tribunal, quien debe procurar que su texto sea claro y comprensible para los interesados, y a lo menos contendrán las menciones que indica el art. 54 A de la ley. La finalidad de esta publicidad es dar a conocer a "todos aquellos que hayan sido perjudicados

por los mismos hechos puedan reclamar el cobro de las indemnizaciones o el cumplimiento de las reparaciones que correspondan". Empero, el juez puede disponer una forma distinta de dar a conocer esta información", para aquellos casos en que el número de afectados permita asegurar el conocimiento de todos y cada uno de ellos.

Algo que se aparta del efecto relativo de las sentencias es la manifestación que expresa el art. 54 de la ley, pues dispone textualmente "la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efecto *erga omnes*", salvo aquellas situaciones excepcionales que se citan (art. 53 N° 2 inciso final y la reserva de derechos).

Debe tenerse en consideración que la sentencia que produce este efecto general es la que acoge la demanda. Si se rechaza la demanda, dicho fallo no conlleva el efecto de cosa juzgada. En efecto, la misma ley autoriza (art. 54 inc. 5°) a cualquier legitimado activo –éstos son los que se mencionan en el art. 51– para que pueda interponer, dentro del plazo de prescripción de la acción, ante el mismo tribunal y haciendo valer nuevas circunstancias[2], una nueva acción. En esta situación, el órgano jurisdiccional debe declarar que se encuentra frente a nuevas circunstancias conjuntamente con declarar admisible la demanda. Cabe preguntarse si lo indicado opera aún en aquella situación de ser la demanda declarada temeraria. La ley no hace ningún distingo al respecto, y por lo demás lo que se intenta es una nueva acción, que tendrá una causa *petendi* diferente de la que fue desestimada, si bien tendrá un *petitum* análogo.

Para cerrar estos alcances, hay que hacer referencia a la extinción de poder reclamar de estas infracciones que contempla esta ley. Efectivamente, es el art. 26 de dicho texto el que señala que "las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contados desde que se haya incurrido en la infracción respectiva". Y agrega en su inciso segundo que "las sanciones impuestas por dichas contravenciones prescribirán en el término de un año, contado desde que hubiere quedado firme la sentencia condenatoria".

Nótese que esta prescripción es para la responsabilidad contravencional derivada de la infracción respectiva y que, por ende, puede entenderse que no opera tratándose de perseguir la indemnización por los daños ocasionados u obtener la declaración de nulidad, en su caso, de ciertas cláusulas, o bien para dejar sin efecto algunas cláusulas o estipulación en los contratos de adhesión, etc. Tales acciones seguirían, entonces, la normativa general que contiene el C. Civil en relación a la prescripción de las acciones.

[2] Ver ob. cit., págs. 131, 132.

Sin embargo, es posible también entender que se está en presencia de una legislación especial, y que como tal habría que interpretarla haciendo aplicable a las aludidas acciones el plazo de prescripción en cuestión. Existen algunos artículos en el texto legal que permiten fundar esta tesis (arts. 51, 53 C).

D. Terminación

El examen de este nuevo procedimiento especial no es, infelizmente, para loas. Desde luego, si se consideran los plazos que se establecen para el ejercicio de los diferentes derechos y facultades, resultan ser más extensos que aquellos regulados para el procedimiento sumario tradicional del C. de P. Civil, que además tiene a su haber una larga trayectoria doctrinal y jurisprudencial, que permitían litigar con certeza y seguridad, respaldo del cual carece este nuevo procedimiento. Una de las críticas que se formulan a nuestro C. P. Civil es la diversidad de procedimientos especiales, y justamente la tendencia actual era el no crear más procedimientos especiales, y he aquí que una vez más se regresa a lo que ha sido objeto de crítica: la proliferación de nuevos procedimientos, como si ello fuere una manifestación de modernidad. Lamentable esta novedad procedimental, pero hay que decirlo, pues como lo ha manifestado Víctor Fairen Guillén: "la verdad, en ocasiones, es incompatible con el elogio o la cortesanía". Y agrega el autor en referencia algo muy cierto, pero que se olvida: "...no soy de los compradores de las últimas novedades en los países más adelantados y mi esnobismo, si lo hubo, ha desaparecido con la edad. Edad que recomiendo; no dejar legislar a jóvenes sin experiencia, por mucha cultura libresca y deambulatoria que posean".

El principio de probidad: análisis ético-político

Jaime Williams Benavente
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El derecho tiene, a lo menos, tres dimensiones fundamentales: la normativa, la subjetiva y la objetiva. La primera prescribe deberes de alteridad; la segunda identifica a los sujetos vinculados por ella, y la tercera se centra en el objeto o cosa que se debe dar, hacer o no hacer; en suma, en la prestación misma ¿Qué protege el derecho normativo? Todas las conductas de interés social que puedan afectar a otro, dañándolo o beneficiándolo. Por lo primero es que la ley es una ordenación racional al bien común y, por lo segundo es que ella ha de respetar el equilibrio en las prestaciones salvo aquellas situaciones en que el peso de la moral anima al sujeto: son los actos gratuitos. En ambas hipótesis hay presencia de la moral en el derecho. El "principio de probidad" traduce una de ellas. El derecho chileno ha elevado a rango constitucional este principio junto a aquellos otros de "servicialidad del Estado" a la persona humana y al bien común y, como una manera de eficacia, ha dispuesto otro, el de "publicidad o transparencia" de los actos de la administración pública, lo que permite el control ciudadano de cualquiera de ellos. La "probidad", tal como está incorporada al derecho chileno, es una exigencia de la justicia legal porque mediante ella el servidor público contribuye al bien común a cuyo servicio está. La profusión de normas jurídicas nacionales e internacionales orientadas por el "principio de probidad" y la penalización de las conductas corruptas revelan la globalización del problema y que confiar la superación de él al derecho tan solo es insuficiente. Es fundamentalmente un problema moral que dimana de "la naturaleza misma de las cosas" y no de la subjetividad arbitraria de cada cual.

***

Introducción

Es un hecho fácilmente comprobable que en múltiples ocasiones el derecho y la moral prohíben y castigan los mismos actos humanos. Así, el Derecho Penal tipifica como delitos innumerables conductas que atentan contra la vida humana, ya sea en su aspecto físico (homicidio) como moral (injurias y calumnias); también lo hace frente a los atentados contra la propiedad (robo, hurto, usur-

pación); y castiga los atentados contra la fe o confianza pública (estafas y otros engaños). El Derecho Civil, por su parte, protege la buena fe y llega, incluso, a presumirla; protege también la autonomía o libertad contractual y se hace cargo de los factores que pueden perjudicarla: error, fuerza, dolo, distinguiendo factores que, en justicia, la modifican; regula la responsabilidad contractual y extracontractual; resguarda la igualdad o equivalencia en las prestaciones que se deben recíprocamente las partes contratantes. El Derecho Constitucional, por su parte, es mucho más explícito: en el artículo 19 de la Constitución Política hace un largo elenco de los derechos fundamentales luego de haber descrito en sus artículos iniciales los principios básicos de la institucionalidad chilena: principio de reconocimiento de la dignidad de la persona humana, de servicialidad del Estado a ella a través del bien común, etc. Y así se puede ir desmenuzando las distintas ramas del derecho y apreciando en todas ellas que hay coincidencias con la moral. Lo mismo ocurre con la figura jurídica que anima el presente trabajo: la probidad y sus exigencias y las diversas formas en que podría atentarse en su contra.

Cabe entonces preguntarse: Si hay coincidencias entre el derecho y la moral ¿alguno de los dos es ocioso y superfluo? ¿o es que ambos coinciden sólo en las conductas ostensibles, pero sus finalidades son distintas?

Por otra parte, esa aparente coincidencia ¿conspira contra la eficiencia de ambos órdenes normativos? O, a la inversa, ¿los afianza y complementa? ¿La probidad es una figura moral autónoma o vinculada a otra, como la justicia? Si fuese en el primer sentido, ¿qué la destaca; cuál es su sello propio? Si, en cambio, fuese una dimensión de la justicia ¿qué la distingue y qué la une a ella?

En esta investigación analizaremos las dimensiones del derecho y las diversas concepciones morales más destacadas en Occidente pesquizando en ellas el origen de la obligatoriedad de sus normas. Luego estudiaremos cuál de ellas nos permite conocer mejor el concepto y exigencias de la probidad y su relación con el derecho, particularmente con el chileno.

1. El derecho y sus tres dimensiones básicas

La palabra misma derecho puede entenderse de múltiples maneras: como *norma jurídica*; como conjunto de normas jurídicas u *ordenamiento jurídico*; como el *deber* que asume un sujeto frente a otro quien tiene la facultad de exigirle el cumplimiento de aquel deber; como la *relación* jurídica o vínculo entre ambos sujetos; como el *objeto* mismo en que recae el cumplimiento de ese deber; como *ciencia* o conocimiento de la normatividad jurídica en sus principios generales estructurantes; como lo *determinado por el juez*, etc.

En suma, podemos afirmar que las tres dimensiones básicas del derecho son: la *normativa* (norma jurídica o conjunto de ellas u ordenamiento jurídico); la *subjetiva* (relación jurídica entre sujetos, uno de los cuales ostenta un deber para con el otro, quien tiene la facultad correlativa de exigir su cumplimiento) y la *objetiva* (el objeto o cosa misma que se debe dar, hacer o no hacer por el titular del deber frente al titular de la facultad también llamada "derecho subjetivo").

Las tres dimensiones se relacionan estrechamente entre sí, como puede apreciarse con el siguiente ejemplo: "la ley dispone que los pensionados percibirán un aguinaldo navideño de $89.000". ¿Cuál es la norma, en este caso? La ley. ¿Quién debe pagar el aguinaldo? El obligado es el respectivo ente previsional. ¿A quién debe pagarlo o, lo que es lo mismo, quién o quiénes están facultados para reclamar el cumplimiento de aquel deber? Los pensionados. O sea, entre el pensionado y el ente previsional se ha originado una relación jurídica; corresponde a la dimensión subjetiva. Finalmente, ¿cuál es el objeto que se debe dar, en este caso? El aguinaldo; tal es la dimensión objetiva.

El ejercicio anterior demuestra que el derecho en cuanto norma es imperativo y atributivo: establece deberes y facultades correlativas, es por eso bilateral; que el *objeto* que se debe es algo determinado y externo a cada sujeto de manera tal que el *acreedor* quede satisfecho con su cumplimiento y que el *deudor* pueda demostrar que lo ha realizado. Dadas las características anteriores, el derecho es susceptible de cumplirse haciendo uso de la fuerza legítima. Es un *orden coactivo*.

Distinguir estas tres dimensiones del derecho permite aclarar:

a) Cuáles son las normas jurídicas originantes de deberes y derechos.

b) Quiénes son los sujetos titulares de unos y otros.

c) Qué cosa es la que recíprocamente se deben aquellos sujetos.

La dimensión objetiva marca los contenidos de las obligaciones y de los derechos o facultades. De manera que si hay incumplimiento de una obligación o deber, el sujeto facultado o acreedor puede hacer uso de la coacción jurídica recurriendo a los mecanismos jurisdiccionales que el derecho en cuanto ordenamiento jurídico establece.

Ahora bien, al jurista le interesan las tres dimensiones, las que, como puede apreciarse, se complementan entre sí. Pero teniendo el derecho una función eminentemente práctica, o de eficacia, es obvio que su dimensión objetiva es la que más la satisface.

Los derechos y deberes, por otra parte, dependen de las tres relaciones básicas que pueden darse entre los sujetos de derecho –personas naturales y personas morales o jurídicas–, cuales son:

a) "Lo debido entre individuos (físicos o morales)".

b) "Lo debido por la colectividad a cada uno de los individuos miembros de ella".

c) "Lo debido por cada uno de los individuos miembros de una colectividad a ésta".

La complejidad de lo antes expresado ha llevado a distintas y, a veces, encontradas posiciones filosófico-jurídicas para concebir e identificar el "*quid ius*" o derecho en sentido estricto. Algunos opinan que el derecho es toda norma coactiva que procede monopólicamente del Estado y que éste puede delegar a otros agentes creadores, como lo son la sociedad y los individuos. Esta posición es claramente legalista. Otra sostiene que el derecho propiamente tal es "la misma facultad lícita que tienen los individuos" para actuar ante otros que correlativamente tienen "deberes" para con ellos. Esta posición, claramente subjetivista-individualista, llega a sostener que una ley es jurídica no por su origen (el Estado), sino porque "reconoce y garantiza derechos básicos de la persona humana". Por último, hay quienes pensamos que el derecho propiamente tal no es sino "la cosa misma que se debe dar, hacer o no hacer por un sujeto frente a otro sujeto".

La posición nuestra se inscribe en la tradición aristotélica que, avalada por el Derecho Romano, desarrolla Santo Tomás de Aquino: "el derecho es la cosa misma que se debe dar, hacer o no hacer por un sujeto en beneficio de otro". El origen de su calidad de "debida a otro" o, lo que es lo mismo, de "suya de otro" puede ser tanto una norma del Derecho Positivo cuanto otra emanada de la naturaleza misma de las cosas. Tal es el caso del sujeto que provoca daño a otro. El Derecho Positivo establece los procedimientos para determinar el daño y la culpa, sin duda; pero el origen del deber de indemnizar no es positivo, sino natural, o, si se quiere, el Derecho Positivo señala cómo hacer "coactivamente exigible" aquello. Hay otros casos, y muchos, en que el origen de ese deber es exclusivamente el Derecho Positivo: contestar la demanda civil dentro de un determinado plazo; acogerse a jubilación a los 65 años de edad; declarar la muerte presunta luego de 5 años de desaparecida la persona; etc.

2. La moral: coincidencias y divergencias fundamentales

Puede concebirse la moral como aquel orden normativo que persigue alcanzar la bondad de un acto y de quien lo realiza. Así la moral prohíbe el homicidio

porque la vida humana se estima que constituye "un bien" y respetarla es un acto bueno. Del mismo modo prohíbe mentir, porque estima que "la verdad" es un bien y que decirla es un acto bueno, por consiguiente. Los ejemplos son infinitos.

Estimar que hay conductas buenas y otras malas es algo obvio y decir que la moral prescribe lo bueno y prohíbe lo malo también lo es. Al buscar el fundamento de esta calificación comienzan a aparecer las divergencias. Con un afán puramente expositivo podríamos distinguir, a lo menos, las morales religiosas y las morales filosóficas. Las primeras se fundan en una creencia religiosa, son proyecciones de una religión. El cristianismo es un claro ejemplo: ordena creer y amar a Dios sobre todas las cosas y, en coherencia con ello, amar al prójimo tanto como a uno mismo. Este segundo aspecto, además de religión, es una moral.

Las morales filosóficas, por su parte, son esfuerzos de la razón humana por fundamentar la calidad de bueno de un acto. Las innumerables doctrinas filosóficas podríamos agruparlas en cinco grandes tendencias: la ideológica; la teleológica; la sociológica: la deontológica y la ontológica.

Calificamos de **moral ideológica** todas aquellas que sostienen que "*la idea de bien*" es un *a priori* cognoscible por algunos "iniciados": el sabio, según Platón; el superhombre, según Nietzsche; los jerarcas del partido proletario, según Lenin, etc.

Para las morales ideológicas se actúa bien en la medida que se obedece al sabio, al superhombre, al jerarca del partido, etc. Es, pues, una moral dominativa, impositiva.

Las **morales teleológicas** son todas aquellas que postulan que si el fin a alcanzar se estima bueno por el agente, los medios que se emplean para lograrlo también lo son y en la medida que sean mayormente eficaces mejor aún. Coinciden en este planteamiento las morales utilitaristas, pragmatistas, hedonistas, etc. En su aplicación política es célebre el caso de Maquiavelo, cuyo pensamiento expuesto en su obra "El Príncipe" se resume diciendo: "el fin justifica los medios"; mientras en su aplicación *economicista* se resumía en la máxima de Adam Smith: "lograr el máximo de rendimiento con el mínimo costo"; en su versión *pragmatista*, como la de William James, "un acto es bueno, es mejor, si mediante él se logran objetivos múltiples", o sea, la máxima eficacia; para el *hedonismo*, en fin, "un acto es bueno si logra el máximo de placer con el mínimo de dolor" y es aun mejor si ese placer es extensible a muchos y durable en el tiempo (Epicuro).

Las morales teleológicas son subjetivas (dependen de la apreciación de cada individuo) y no logran ser universalmente válidas para todos salvo que se impon-

gan por la fuerza persuasiva de la propaganda o la coactiva del derecho, pero aun así su ámbito de vigencia es local y cambiante en el tiempo y en el espacio.

Las **morales sociológicas** son todas aquellas que descansan en lo determinado como "bueno" por la respectiva sociedad. Hoy día se las conoce como "morales democráticas", porque, a la postre, las determinan las mayorías que, por su fuerza numérica, se imponen en cada sociedad. Estudios morales en este sentido fueron los iniciados por Augusto Compte, que, en justicia, ha sido reconocido como "el padre de la sociología como ciencia empírica". Lo que se estima "bueno", "malo", etc., lo determina cada sociedad y varía en una misma en el tiempo y de una a otra en el espacio. Los individuos no cuentan sino los grandes números de ellos que, por lo mismo, se imponen, calificando de "retrógrados o reaccionarios" a quienes se aferran a criterios aceptados en el pasado perdurable, o de "progresistas" si, aceptando la moral de las mayorías, la aplican a situaciones nuevas que se avistan en el futuro.

Las **morales deontológicas** son todas aquellas que se fundan en "el sentido del deber". Se remontan a los estoicos griegos y latinos, sin embargo, su figura más célebre es Kant, quien trabaja con dos conceptos que distingue con nitidez y que relaciona estrechamente, cuales son el de *deber* y el de *buena voluntad*. ¿Cuándo una conducta constituye un deber? Lo es si esa conducta es elevable a categoría universal y no admite excepción alguna. Así, "es un deber decir la verdad siempre y en toda circunstancia". ¿Por qué? Porque su contraria, que es mentir, no es válida universalmente, porque ella misma es una excepción a decir la verdad siempre. En cambio "decir la verdad" se funda en sí misma y no necesita de la mentira. Lo mismo puede decirse "del deber de respetar la propiedad ajena", en cambio, robar es por sí mismo "una excepción", o sea, una contradicción al deber de respetar la propiedad ajena. Como puede apreciarse, el verdadero fundamento del deber es el de respeto irrestricto del "principio lógico de no contradicción".

El segundo concepto al que hemos aludido es el de "buena voluntad". En efecto, una conducta es moralmente buena –a juicio de Kant– si cumple el deber "solo y exclusivamente" porque es un deber. Unos ejemplos aclararán lo dicho: aquel individuo no robó aquella joya pensando que si lo hacía podrían sorprenderlo y sancionarlo con una pena; aquel otro dijo la verdad ante el juez pensando que en un contrainterrogatorio podría caer en contradicciones y ser sancionado. En ambos casos se ha obrado moralmente mal porque el motivo de la voluntad real o interna del sujeto no ha sido única y exclusivamente el cumplimiento del deber.

La concepción kantiana, a diferencia de las posiciones anteriores, tiene claro que una moral para ser tal ha de tener valor universal o no es moral, simplemente. Puede ser una opinión, un modo de ser de aquella persona o de aquella co-

munidad, una conducta que se ha acatado bajo la fuerza, etc., pero en ningún caso ha sido una conducta moral, porque no ha acatado aquel "imperativo categórico" del deber.

Las tesis de Kant han sido objeto de críticas, sin embargo. Una de ellas la impugna por no saber identificar los contenidos mismos de un precepto moral, sino de contentarse sólo con "la forma vacía de un deber". He aquí un ejemplo: ¿Debe obedecerse a la autoridad pública, al gobernante? Sí, diría Kant, porque al no hacerlo no se la reconoce como autoridad, lo que es autocontradictorio. ¿Y si ordenara algo aberrante e irracional? ¿Debería obedecerse porque sigue siendo autoridad? Es que, dicen sus detractores, los contenidos de una orden han de ser razonables y sensatos para generar obligatoriedad y no sólo y exclusivamente fijarse en quién y cómo ordena. Hitler apeló siempre a que el pueblo alemán lo eligió democráticamente y él, como gobernante, lo interpretaba siempre, luego siempre debía ser obedecido.

La **moral ontológica**, a diferencia de todas las anteriores, se basa en "la naturaleza misma de las cosas", que son idénticas para todos, luego si se descansa en ellas, la moral será válida universalmente. Tal vez el primero que la planteó en Occidente fue el sofista Hippias; pero quien la desarrolló como doctrina fue Aristóteles. El concepto clave, en este caso, es el de "naturaleza misma de las cosas". Según este autor, es un concepto metafísico y no físico; apela a la esencia de algo y no a lo accidental y cambiante. En segundo lugar, apela a la finalidad intrínseca principal de aquella cosa, conducta o situación y no a los fines que persiga el sujeto. He aquí algunos ejemplos: más allá de sus preferencias alimentarias, el hombre tiende a alimentarse ¿De cualquier manera? ¿Con cualquier cosa? No. Alimentarse tiene un fin intrínseco: asimilar lo ingerido para vivir. Luego si aquella sustancia es tóxica, no es un deber moral ingerirla, sino rechazarla. Otro ejemplo: ¿Por qué habrá de decirse la verdad siempre? Porque la razón del hombre tiende intrínsecamente a conocer la verdad, esto es, a "adecuar su pensamiento a la realidad". Desde otro punto de vista, el hombre tiende a vivir en sociedad, a convivir con otros, para lo cual ha de generarse confianza mutua y elemento indispensable de ella es la verdad de los juicios que se emiten (este es un argumento de corte aristotélico que curiosamente lo señala Kant). En breve, son "buenas" todas las conductas que satisfacen una necesidad o finalidad intrínseca del hombre: vivir, socializarse, perpetuarse, decir la verdad, autodeterminarse o ejecutar actos libres, etc.

Como se puede apreciar, Aristóteles funda su doctrina moral en la naturaleza de las cosas, por eso la hemos calificado de "moral ontológica". Su forma de razonar es, sin embargo, teleológica o finalista, pero se diferencia del teleologismo antes visto porque no apela a fines propios o subjetivos del agente, sino a fines intrínsecos de las cosas mismas. Si así no fuese, la acción dañina sería buena en la medida que obedece al fin personal del malhechor, por ejemplo.

Pero la moral aristotélica es aun más compleja. Lo ya dicho constituye sólo los parámetros o grandes rasgos. ¿Cómo determinar cuánto como, cómo como, dónde como? Lo determina cada uno según sus propias circunstancias personales, usando la razón y no dejándose llevar por impulsos extremos que llevan al exceso o al defecto. He aquí planteada su célebre tesis del "*to mesotes*" o del "*justo medio*". En el ejemplo: el exceso conduce a la glotonería y el defecto a la anorexia. Ninguna de las dos situaciones son buenas en sí. Los ejemplos se pueden multiplicar *ad infinitum*. Lo relevante es que queda claro que cada sujeto "puede descubrir", "puede conocer" una conducta buena amparándose en su *razón práctica*. Y si no está en condiciones de hacerlo por lo complejo de la situación, la razón le indica que debe aconsejarse con personas entendidas. Pero ¿qué es la razón práctica? Aristóteles distingue dos aspectos o funciones de la razón: la de descubrir "la verdad" y la de "descubrir lo que es bueno en el caso concreto". La primera da lugar a lo que él llama "razón teórica o razón especulativa" y la segunda a la "razón práctica" u "operativa". Es que una cosa es "saber" y otra "saber actuar bien". Ambas clases de razón admiten un desarrollo o perfeccionamiento, lo que da lugar a su célebre teoría de las virtudes: intelectuales (dianoéticas) y morales (éticas), respectivamente. ¿Qué finalidad tienen las virtudes? Que el hombre se perfeccione como hombre, cada uno según sus posibilidades de manera que cualquiera pueda tener una vida plena o lograda ¿Todos han de pensar igual? ¿Todos han de hacer lo mismo? Claro que no. Pero a todos se les pide que actúen presididos por la razón, verdadero faro de la vida humana.

3. El ontologismo moral y los actos humanos

Cada vez que el hombre actúa –tenga o no conciencia de ello– sigue este esquema: desea alcanzar un fin, busca los medios para lograrlo, elige alguno, se determina a hacerlo y, luego, lo pone en práctica. Esta secuencia se parece a un silogismo: la premisa mayor está representada por el deseo del fin que mueve al sujeto (factor desiderativo); la premisa menor está representada por la búsqueda de medios y elección de alguno (factor cognitivo) y la conclusión, por la determinación o decisión (factor volitivo). Curiosamente el animal sigue un esquema parecido: desea comer, busca los medios, elige y se determina. ¿Cuál es la diferencia? El animal se mueve en el campo instintivo y sensorial solamente, en el hombre, en cambio, actúa el factor cognitivo racional y, además, la voluntad.

La estructura mental humana es muy positiva: le abre horizontes al individuo y le permite proyectarse en el tiempo; pero también tiene un aspecto negativo: le provoca alternativas y conflictos de deseos. He aquí un ejemplo: la razón al considerar las posibles consecuencias futuras de acatar los deseos tal y como se presentan le advierte a la voluntad la conveniencia de renunciar a su satisfacción,

mientras los deseos reclaman tal acción placentera o, a la inversa, los deseos la rechazan mientras la razón la ordena. Aristóteles es el primero de los filósofos en darse cuenta de que una cosa es conocer el bien y otra realizarlo. Lo que fue ignorado por Sócrates, que sostuvo que nadie que conoce lo que es bueno realiza lo malo, mientras Platón pensaba que era tal la fuerza de la razón que dominaba a los sentidos y a la voluntad. En el esquema de Aristóteles la razón *delibera,* esto es, conoce y estudia los medios para alcanzar fines queridos por la voluntad y luego *elige* alguno.

Ahora bien, si el hombre actúa en función de fines, es necesario distinguir entre ellos los que son instrumentales o útiles para conseguir otros (el alimento), los que pueden ser queridos por sí mismos o en función de otros (la salud) y los que son deseados siempre por sí mismos y nunca en función de otra cosa. Tal es uno solo: la felicidad (eudemonía). Pero ¿qué es la felicidad? Ella es entendida de diversas maneras, las que podríamos resumir así: Unos piensan que *el placer* o satisfacción de los sentidos trae la felicidad; otros sostienen que el *honor* o reconocimiento público genera felicidad; hay quienes opinan que la *riqueza* o acumulación de bienes materiales provoca la felicidad; los más intelectuales, por su parte, afirman que sólo la *posesión* de la idea misma del Bien, trascendente a los bienes aparentes, genera felicidad.

A juicio de Aristóteles la primera opción coincide con la de las bestias, puesto que consiste en la satisfacción de los sentidos. La segunda es querida frecuentemente por el hombre público y consiste más bien en la imagen que de cada uno tienen los otros, por lo que, en gran medida, "depende más de quién lo confiere que de quién lo recibe", dice el Estagirita. Las "riquezas" son, en cambio, "medios para alcanzar fines". A su juicio, este pensamiento es el más absurdo y contradictorio: toma los medios como fines. Por último, afincar la felicidad en la idea del bien (tesis de Platón), a su juicio, es tan abstracta y trascendente que no puede ser conocida por el hombre corriente, sino sólo por algunos: los sabios o filósofos, e incluso ni ellos mismos están contestes en su concepto.

En suma, para Aristóteles la felicidad ha de estar radicada en algo inmanente y no trascendente al sujeto, puesto que ha de ser alcanzable y gozable por cualquier hombre, y, por tanto, ha de ser humana y no divina. Con estas premisas desarrolla su argumento para determinarla en base a identificar *cuál es la función propia del hombre.* ¿Será la vida misma? Se pregunta. No, porque ella también la tienen los vegetales y animales. ¿Será la vida sensible, entonces? No, porque también la tienen los animales. ¿Cuál será, entonces? No puede ser otra que la vida propia de la potencia específica y exclusivamente humana. ¿Cuál es ésta? La razón.

En suma, la vida buena o feliz del hombre es una actividad (*energeia*) en que interviene la razón y que ésta puede desarrollar y mantener durante todo el

transcurso del tiempo de la vida del sujeto. Es una vida de excelencia (*areté*), lo cual "cuesta o irroga esfuerzo" porque implica vivir su vida vegetativa y sensitiva según el canon de la razón, que es lo propio suyo. Es destacable nuevamente el realismo aristotélico que integra y jerarquiza los diversos elementos de la vida del hombre. Así mientras los *estoicos* privilegian exclusivamente a la razón y prescinden de lo vegetativo y sensitivo, y los hedonistas privilegian exclusivamente el mundo de las sensaciones corporales (placeres), Aristóteles asume e integra todos los elementos que componen al hombre. El bien del hombre (*tó anthrópinon agathón*) es, entonces, un modo de ser hombre adquirido por éste con esfuerzo (virtud). En resumen, los bienes del hombre no pueden ser externos a él (riquezas, honores) ni *corporales* exclusivamente (placeres) ni *trascendentes* o ajenos a él (idea del bien), sino propios del alma racional[1].

Pero, como antes ya se adelantó, hay dos grandes géneros de actividades propias del alma racional: la teórica o especulativa, y la práctica u operativa. Las dos hay que desarrollarlas buscando su plenitud. El esfuerzo que implica este desarrollo beneficia al propio hombre que lo practica, y da lugar a dos géneros de virtudes que, respectivamente, denomina "dianoéticas", las primeras, y "éticas", las últimas. Aquellas se dirigen a la *vida contemplativa* y las segundas a *la vida activa*. Aquellas habitúan a "conocer bien la verdad", éstas a "actuar de verdad bien"; aquellas perfeccionan la inteligencia racional del hombre, éstas la voluntad racional del hombre, y por lo tanto, su carácter o modo de ser.

Hay, pues, dos clases de vida feliz: la contemplativa (felicidad perfecta, propia de los dioses) y la activa (vida humana lograda), vinculadas ambas a través de una virtud-puente o especulativo-práctica: la prudencia. La felicidad, a su juicio, no radica en la posesión de la virtud perfecta, sino, más bien, en el ejercicio perfecto de ella. Es un hábito. Pero los vicios también son hábitos y, a veces por desgracia, más arraigados y perdurables que una virtud. ¿Cómo distinguir la virtud del vicio? Ella es "una disposición habitual de la decisión deliberada (*héxis proairetiké*) consistente en un término medio (*mesótes*) entre dos extremos viciosos, uno por exceso y otro por defecto"[2].

Como buen pedagogo, Aristóteles va a lo fundamental y así precisa cinco virtudes dianoéticas: la sabiduría, la ciencia, la inteligencia, la técnica y la prudencia. Estas dos últimas son teórico-prácticas. En efecto, la técnica es un "saber hacer cosas" en orden a su eficacia y así quedan ostensibles al hombre, o sea, fuera de él: saber esculpir, saber cantar, saber danzar. La prudencia, en cambio, es "un saber actuar o conducirse bien". Por eso, esta última queda en el carácter o modo de ser del hombre mismo. Las virtudes éticas fundamentales son tres y se fundan necesariamente en la prudencia: *fortaleza* o fuerza de voluntad para

[1] Aristóteles: *Ética a Nicómaco*. I, 8.
[2] Idem II, 6.

llevar a cabo lo prudentemente decidido; *templanza* o fuerza de voluntad para satisfacer los requerimientos de los sentidos sin dejarse dominar por ellos, y la *justicia* como virtud que sabe tratar igual lo igual y desigual lo desigual en las relaciones con los demás, también conocida como "dar a cada uno lo suyo", o sea, igualar el trato al derecho ajeno. Es la virtud social por excelencia. Como puede apreciarse, las virtudes éticas perfeccionan el ejercicio de la voluntad humana en los actos libres y, por lo mismo, necesitan descansar o fundarse en la razón. Tal es la virtud de la prudencia que nos dicta la norma concreta y singular de cada uno de nuestros actos. Pero una cosa es esta norma particular y otra es llevarla a cabo y cumplirla; por eso se necesita de las virtudes éticas que perfeccionan la voluntad y así –por hábito– llegan a formar el carácter o modo de ser de una persona.

En la filosofía aristotélica, a nuestro juicio, podemos advertir un "principio de solidaridad" entre las virtudes, que podríamos enunciar así: al practicar una se practican las demás, es un "círculo virtuoso" y, a la inversa, al dejar incumplida alguna se perjudican todas las demás, es un "círculo vicioso"

4. La ética ontológica y la política

Ya se ha podido apreciar que la ética en la doctrina de Aristóteles es un conjunto de condiciones para lograr una vida feliz o plena: la *eudemonía*, por eso se conecta necesariamente con la política, entendida ésta como el conjunto de condiciones para lograr una vida comunitaria plena y satisfactoria. Y dado que, a su juicio, el hombre es un "*zoon politikón*", un "animal político", sólo en la comunidad logrará una vida plena[3].

He ahí expuesta una primera relación entre ética y política. Pero ¿es tan así que pueda afirmarse que el hombre es "sociable por naturaleza", vale decir, por exigencia metafísica? Aristóteles, como buen filósofo analítico y muy apegado a los hechos, nos hace reflexionar sobre el lenguaje humano. Así nos advierte que todo lenguaje es un conjunto de elementos que permite la comunicación recíproca entre transmisor y receptor, ya sea a través de su propio cuerpo (lenguaje icónico, como el del animal) o de sus gestos y palabras (lenguaje dígito). En cualquier caso esa necesidad de lenguaje revela su sociabilidad o apertura y compenetración con sus semejantes. En suma, si el hombre no fuere sociable, no tendría necesidad de lenguaje; puesto que lo utiliza es que es sociable. Un árbol, una piedra no lo son. En cambio, el animal si lo es y se comunica recíprocamente con un lenguaje corporal (icónico), mientras el humano, además de icónico, es "dígito" o convencional, y, por lo mismo, "inventado" por la razón y adoptado por la voluntad. Por otra parte, la institución de la familia,

[3] Aristóteles, *Política* I, 3.

como núcleo básico, también es muestra de la misma apertura a lo social y de complementación entre los individuos.

Pero así como lo político implica lo social, expresa algo más, cual es que el hombre, con su inteligencia y voluntad racional, es capaz de organizar y distribuir "el Poder" en cada sociedad según los fines que se trace para ello. Cosa muy diferente del mero "instinto gregario" de los animales que reiteran y replican los mismos modelos, los que contrastan con la inventiva racional humana.

Una segunda relación ética-política es la virtud de la prudencia o *phrónesis* con que el hombre ha de discernir cómo conducirse en la polis, sin dejar de respetar a los demás en su persona, atribuciones y derechos. He aquí la necesidad de la justicia o *dikaiosyne*.

En esta segunda relación, Aristóteles pasa revista a las formas básicas de organización social y de distribución del ejercicio del poder político, cuales son, *monarquía* (gobierno de uno muy sobresaliente y destacado); *aristocracia* (gobierno de un grupo de excelencia) y *república* (sistema que admite la participación de las mayorías). A su juicio, la más alcanzable en la práctica es esta última y la que ofrece, por lo demás, ventajas comparativas frente a las otras dos, puesto que tiende a minimizar el riesgo de errores graves en el ejercicio del poder, hace accesible su ejercicio a cualquiera y permite el reemplazo alternativo o rotativo en quienes lo ejercen. Y en su libro "*La Política*"[4] –en beneficio de esta opción– argumenta que muchas personas que no superan la media, tomadas en conjunto, pueden ser mejores que pocas personas excelentes, además es conveniente que el ciudadano común pueda participar en la elección y destitución de los gobernantes.

Como puede apreciarse, el autor sigue siendo fiel, ahora en política, a su teoría del "justo medio". Así critica la forma degenerada de república –cual es la demagogia–, porque exagera la igualdad cayendo en un igualitarismo; lo mismo hace con la oligarquía, que es una forma exagerada de aristocracia, porque enfatiza un elitismo sin fundamento alguno, en la riqueza económica solamente. En ambos casos no se respeta una igualdad proporcional relativa a las personas, fuera de pensarse que el fin de la sociedad política es sólo la prosperidad material. Su fin es el *bien común* de las personas entendido como el conjunto de condiciones que permiten el desarrollo espiritual y material del hombre. La peor forma corrupta de gobierno es la antítesis de la –a su juicio– mejor, pero menos realizable, cual es la monarquía. Esa forma degenerada es la tiranía.

Estas tres formas corruptas lo son por un problema de injusticia: confunden el bien común, fin primordial de todo gobierno, con el bien particular de quienes gobiernan.

4 Aristóteles, *Política III*, 11.

5. El ontologismo y la justicia

Esta teoría distingue tres tipos de relaciones jurídicas y, por consiguiente, tres tipos de justicia.

La primera relación da lugar a lo que la tradición denomina *justicia conmutativa,* la que surge ya sea por un intercambio de bienes entre los sujetos (un contrato de compraventa, por ejemplo); ya sea por la lesión de los bienes de otro sujeto (por un choque automovilístico, por ejemplo); ya sea por apoderamiento de un bien ajeno (delito de robo, por ejemplo). En los tres ejemplos "lo que se debe dar, hacer o no hacer" por un sujeto frente a otro sujeto está marcado por la identidad de una cosa, o subsidiariamente por la calidad o valor de ella. Los sujetos, independientes entre sí, son acreedor y deudor recíprocamente.

La segunda relación o vínculo da lugar a la *justicia distributiva o asignadora.* He aquí algunos ejemplos: el Estado reparte subsidios habitacionales a los necesitados de una casa propia; el Estado adjudica una propuesta pública; se otorga una concesión caminera a quien –según las bases de la licitación– esté en mejores condiciones técnico –financieras de ejecutar dicha obra material; el Estado– a través de sus tribunales de justicia– reparte penas y castigos según las responsabilidades debidamente probadas en juicio; el Estado otorga premios nacionales a aquellos que, según las bases del premio, mejor se lo merecen. En fin, los ejemplos se pueden multiplicar al infinito. Lo que está claro es que en esta relación de justicia hay un acto doble: primero se califica al individuo y luego se le asigna un bien o un mal, según se merezca. En los ejemplos, "lo que se debe dar, hacer o no hacer" por parte del Estado está marcado por la situación del individuo y los bienes y males (castigos) dicen relación proporcional con dicha situación. En suma, el acreedor es un miembro de la colectividad y el deudor es ésta.

La tercera relación da lugar a lo que tradicionalmente se denomina *justicia legal.* Tal nombre se debe a que es la ley la que señala qué se debe dar, hacer o no hacer por parte de cada miembro de la colectividad respecto de ella. He aquí algunos ejemplos: ¿quiénes deben pagar contribuciones; cuál es el valor de ellas; dónde y cuándo han de hacerlo? Lo determina la ley. ¿Quiénes, cuánto, cuándo y dónde deben pagar el impuesto a la renta? Lo determina la ley. ¿Quiénes deben asumir como "vocales de mesa"? Aquellos sorteados según la ley electoral. Los ejemplos dejan en claro que las conductas asumidas no se orientan en favor del Estado, sino del bien común, o de la colectividad considerada como un todo. Por lo mismo, también a esta justicia se la denomina justicia del bien común, o justicia general, porque el acreedor de ella es el género y no el individuo singular, quien, a la inversa, es su deudor.

6. Acotaciones sobre la justicia legal y la justicia distributiva

En ambas relaciones de justicia las partes intervinientes son "el todo colectivo" por un lado, y un individuo miembro de "aquel todo", por el otro.

Por esta razón es que estas dos formas de justicia son desconocidas por los totalitarismos o colectivismos políticos. En ellos el individuo desaparece, no tiene individualidad, es sólo una parte integrante del todo colectivo, se "anega" o desaparece dentro de él. Se desconoce así que la persona participa de lo común pero no se hace común. Al menos en Occidente, las respectivas Constituciones políticas reconocen y garantizan los derechos fundamentales de la persona humana ante el poder del Estado.

Mientras en la justicia conmutativa lo que se debe dar, hacer y no hacer por el sujeto deudor frente al sujeto acreedor se determina por las normas jurídicas respectivas propias del Derecho Privado, en las otras dos formas de justicia el trato a recibir constituye el objeto del deber, y correlativamente el objeto de la facultad para reclamarlo[5].

La colectividad vive *por medio de sus miembros* y le exige a cada uno su respectiva contribución al bien común (justicia legal), y vive también *para sus miembros*, por lo que reparte beneficios, pérdidas, sanciones, etc., a cada uno de ellos (justicia distributiva).

En ambos tipos de justicia la relación de igualdad es proporcional a la situación de cada miembro respecto del fin social. ¿Cuál es esta proporción? Debemos recordar que cada sociedad o colectividad se especifica por sus fines a partir de los cuales se miden las relaciones de la colectividad con sus miembros y de éstos con aquélla. Luego, lo que corresponde a cada integrante estará determinado por la posición o situación de cada uno respecto de la finalidad colectiva. A distinta situación respecto de la finalidad colectiva corresponde un trato diverso. En esto consiste la igualdad proporcional. No a todos lo mismo (igualitarismo), sino a cada uno según su grado de participación en la finalidad común.

Ahora bien, los criterios de igualdad proporcional podemos sintetizarlos en los siguientes: condición, capacidad, aportación al bien de la sociedad, necesidad, responsabilidad, mérito y tiempo. Se aplican, *mutatis mutandis*, tanto a la llamada justicia legal cuanto a la justicia distributiva.

- La *Condición*: tiene relevancia cuando en una colectividad existan formas distintas de pertenencia a ella. En una sociedad mercantil: unos pueden

[5] Excepcionalmente, el Derecho Internacional Público rige las relaciones de justicia conmutativa en materia de tratados internacionales bilaterales suscritos por los Estados contratantes.

ser socios clase A y otros clase B; en otra sociedad pueden haber socios gestores y socios comanditarios; en una sociedad como la familia, unos pueden ser hijos y otros progenitores. Relacionado íntimamente con "la condición de miembro" está el principio de "distinción de funciones", por lo cual son distintos los oficios, cargos, cargas y actividades. A cada cual se lo tratará según *su función*. Y es justo repartir funciones según la *aptitud* de cada cual para desempeñarla: en una clínica, por ejemplo, es distinto ser enfermero, paramédico, enfermo, médico.

- *Aportación al bien de la colectividad:* opera en el reparto de beneficios y soportación de pérdidas (sociedades lucrativas). Percibirá más ganancia quien más ha aportado y menos quien menos lo ha hecho. Del mismo modo soportará más las pérdidas quien más bienes ha aportado y menos quien ha aportado menos.

- *Capacidad:* No es justo que a la universidad ingresen personas con talento y otras sin él, sólo por sus recursos económicos. Lo justo es que entren según sus capacidades o aptitudes. Tampoco sería justo rebajar las exigencias de ingreso para que ingresen quienes no tienen capacidad o aptitud, máxime si hay cupos limitados. Este criterio también se aplica en las cargas tributarias, en que paga más impuestos quien ha obtenido rentas mayores. Pero quien aporta más en este caso no es justo que reclame mayores beneficios. Lo mismo ocurre con la carga política de ser vocal de mesa, puesto que tampoco puede reclamar un mayor beneficio.

- *La necesidad:* este criterio es justo cuando se relaciona con el fin mismo de la colectividad o del beneficio a repartir. He aquí los subsidios habitacionales, la gratuidad en las prestaciones de salud. Si no se respeta este criterio, se da lugar al injusto igualitarismo.

- *Responsabilidad:* se usa en la distribución de sanciones penales; y también en la llamada responsabilidad civil, sobre todo en la extracontractual, donde es fundamental la distinción de la "buena o mala fe" del agente.

- *Mérito*: se usa en la distribución de beneficios académicos y estudiantiles.

- *Tiempo:* se usa subsidiariamente a los otros cuando es necesario distinguir la igualdad de condiciones. Piénsese en la atención por "orden de llegada".

En cuanto a la *justicia legal* es conveniente recordar que su sujeto acreedor es "el todo colectivo", mientras el deudor es cada uno de sus integrantes.

La finalidad de una colectividad puede ser muy variada en cuanto a fines singulares y concretos, pero ellos tomados en un sentido macro o general

llámanse bien común. Es éste lo que cohesiona la respectiva sociedad. Por lo mismo los individuos miembros de ella han de contribuir a él, y ella tiene derecho a reclamarlo, ya que subsiste gracias a la contribución de cada uno de sus miembros, la que es distinta según la situación y función de cada cual respecto del bien común.

¿Cuál es el criterio para determinar esta contribución y así poder exigirla? La doctrina clásica, que se remonta a Aristóteles y también a Platón e incluso a Sócrates (recuérdese *La Apología*), lo señala: la ley del Estado. Cada uno cumple esta forma de justicia acatando las leyes desde su posición en la colectividad y así lo hará como simple subordinado el común de las gentes y como autoridad pública quien detente un cargo de poder público, como también quien sea funcionario o servidor público. Todos ellos han de privilegiar el interés común por sobre sus intereses individuales.

7. Bien común y justicia

Así como cada individuo se mueve hacia fines determinados que se le presentan como "bienes", la comunidad o sociedad se mueve por fines que se le presentan como bienes al grupo colectivo y a cada uno de sus individuos como miembros de él. Es pues un bien de todos y de cada uno de sus integrantes sin excluir a ninguno.

Este *bien común* es una categoría de bien propia de lo social y tiene como notas distintivas:

- La *unidad*: es uno y el mismo para todos.
- La *totalidad:* es el bien del todo, al cual los individuos contribuyen y del cual todos participan.
- La *socialidad*: es el bien de la sociedad toda.
- La *publicidad*: es un bien público y no privado.
- La *proporcionalidad:* esta nota tiene dos aspectos. Por una parte puede decirse que cada sociedad es a su bien común como cada otra es al suyo: la familiar, la deportiva, la económica, la cultural, la política, etc.; por otra parte, cada individuo contribuye al bien común no de la misma manera, sino según su situación o posición en cada sociedad.

Cabe distinguir, además, bienes comunes imperfectos y bienes comunes perfectos. Los primeros se incardinan a los segundos, tales como los parciales se

ordenan a los totales. La sociedad civil perfecta es el Estado, puesto que satisface su fin autárquicamente o bastándose con sus propios recursos. Su bien común es del mismo modo perfecto. Pero no es un bien colectivo y un mal individual. Es, además, un bien comunicable y comunicativo a todos y cada uno de sus miembros componentes[6].

El *bien común,* como lo es del todo social, es mayor que el bien de cada una de sus partes. Esta relación de superioridad del bien común sobre los bienes particulares implica relaciones de subordinación. ¿Por qué? Porque las personas individuales se ordenan a la comunidad "como la parte al todo" debiendo tender a la promoción y búsqueda de ese bien común, porque sólo en él y a través de él ha de conseguir su bien propio. Es que el individuo se perfecciona en la sociedad y por medio de la sociedad. Santo Tomás, siguiendo a Aristóteles, así lo reconoce en el *Tratado de la Ley* señalando que el bien común es el fin al que se ordena la ley y es ella la que regula el ejercicio de la justicia legal[7]. Lo mismo reitera en el *Tratado de la Justicia* señalando que el bien común es el objetivo de la prudencia política y es el objeto de la justicia legal[8].

Para Santo Tomás "la parte es para el todo, por lo que todo bien de la parte es ordenable al bien del todo. De ahí que todos los actos virtuosos del hombre sean relativos a su propia perfección, o lo sean al bien de los demás, son referibles al bien común y pueden ser objeto de disposiciones normativas de la justicia legal, que ordena los actos de todas las virtudes al bien común"[9].

La justicia legal es virtud general, pues regula las operaciones de las demás virtudes que se viven en sociedad. Así hay leyes que prescriben obras de fortaleza: enrolarse e ir a la guerra; obras de templanza: moralidad pública y buenas costumbres; obras de caridad: leyes de beneficencia; obras de religión: leyes sobre culto; obras de justicia conmutativa: leyes civiles sobre intercambio de bienes; obras de justicia distributiva: leyes procesales para resolver conflictos, etc.

La relación entre *bien común* y *bien individual* es recíproca: no hay verdadero bien individual si no se incardina al *bien común,* ni hay *bien común* si no se procuran bienes individuales.

El *bien común* es un bien dinámicamente realizable y, por lo mismo, nunca plenamente alcanzado y como su referente es la persona humana, podemos decir que sus prioridades tienen jerarquía: primero el Estado debe promover y defender los valores morales del hombre de dimensión social: el orden, la

6 Santiago Ramírez: *Doctrina política de Santo Tomás*: Instituto Social León XIII. Madrid. 1951.
7 Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica, Tratado de la Ley* I-2q 90 a 2.
8 Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica, Tratado de la Justicia*, 2-2q 58a 5-6.
9 Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, 2-2 q 58 a 5.6.7.

justicia, la paz, la seguridad, etc. Luego los valores culturales de los hombres y, finalmente, los económicos.

El Estado en procura del *bien común* tiene dos fases sucesivas, dinámicas y permanentes: la de *producirlo* y la de *distribuirlo* en forma de bienes individuales. En aquélla el Estado es *acreedor* de sus individuos miembros, en ésta es *deudor* de ellos. Quedarse sólo en la primera lleva al totalitarismo y restringirse sólo a lo segundo, a un individualismo liberal. Ambos extremos desconocen la personalidad social del hombre.

Pero así como cada individuo particular al respetar lo dispuesto por las leyes contribuye al *bien común,* las autoridades públicas y los funcionarios del Estado al desempeñar sus cargos con "probidad" también cumplen una exigencia de justicia general o legal: sirven al bien común. Luego la *probidad* es una dimensión ética de la justicia, y por tanto obliga en conciencia como toda exigencia moral y no solo porque el derecho lo dispone.

Probidad etimológicamente proviene del latín *probitas,* que significa integridad o moralidad en el obrar. Se relaciona directamente con la virtud moral de la justicia llegando a ser una dimensión suya. En efecto, mientras en ésta se respeta lo que pertenece a otro, quien está identificado o es a lo menos identificable, la probidad consiste en atenerse al cumplimiento genérico del deber en el manejo o administración de bienes ajenos respetando las normas jurídicas que los regulan y resguardan.

Implica, por lo mismo, "responsabilidad pública", "respeto del principio de legalidad" y, desde luego, del "principio de transparencia". Así parece entender su concepto la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, arts. 52 y 53, que señala que la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable. Por su parte la Ley 18.834 en su artículo 55 letra g) agrega que la probidad exige "un desempeño honesto y leal de la función y cargo y en una primacía del interés general sobre el particular", lo que exige un recto ejercicio del poder público por parte de las autoridades de la Administración del Estado, que pasa por lo razonable de sus decisiones.

¿Para qué esa «conducta funcionaria intachable», ese «desempeño honesto y leal de la función y cargo»? Para el logro del bien común, es la única respuesta sensata. Si así no fuese, serían exigencias arbitrarias.

8. El principio de probidad y su consagración en el derecho chileno

En 1994, bajo el gobierno de Frei Ruiz-Tagle, se creó la Comisión Nacional de Ética Pública, la que emitió un "Informe sobre Probidad Pública y Prevención

de la Corrupción" proponiendo cambios legislativos y de políticas públicas: regular la probidad funcionaria, demarcar los conflicto de intereses; establecer procedimientos de control y fiscalización; regular los contratos y licitaciones públicas; tipificar nuevos delitos: tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito, uso indebido de información privilegiada y readecuar la tipificación del cohecho, exacciones ilegales y negociaciones incompatibles. También propuso fortalecer mecanismos de denuncias y la creación de una fiscalía anticorrupción; la regulación de la actividad política, y el fortalecimiento del control social.

Bajo su influencia se aprobó la "Ley sobre Probidad Administrativa" (Ley 19.653, de 1999), que introdujo el "principio de probidad administrativa", y que se tradujo en las modificaciones a los cuerpos legales que se indica:

1. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

2. Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional.

3. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

4. Estatuto Administrativo.

5. Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales.

6. Ley Orgánica Constitucional del Banco Central.

7. Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

8. Código Orgánico de Tribunales.

9. Ley de Sociedades Anónimas.

10. Ley de Juzgados de Policía Local.

11. Código Penal (modificado por Ley N° 19.645 de 1999).

12. La Constitución Política (modificada por Ley N° 20.050 de 2005).

8.1. La Constitución Política y el "principio de probidad"

El Estado es una institución producto de la sociabilidad natural del hombre, que persigue la satisfacción permanente de las necesidades sociales de éste. Ese fin primordial que justifica el Estado ha sido conocido desde la antigüedad griega como "bien común". Nuestra Carta Fundamental así lo señala en su

artículo 1° inc. 4° al disponer que: "El Estado 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 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". La doctrina resume esta disposición como "principio de servicialidad del Estado".

Como puede apreciarse, la Constitución es clara al señalar el fin primordial del Estado: la persona humana y el bien común de todas y cada una de las personas que componen la comunidad nacional.

¿Cómo lograr este fin? A través de instituciones varias, que se denominan «servicios públicos» y que la doctrina administrativa, en palabras del profesor don Patricio Aylwin, lo concibe como «una organización de personas y bienes creada por el Estado, sometida a un régimen jurídico especial de derecho público, que tiene por objeto satisfacer de manera regular y continua una necesidad pública».

Son servicios públicos, entre otros, los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones, las Municipalidades, los Gobiernos Regionales, la Contraloría General de la República, las empresas públicas creadas por ley, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, etc.

El art. 8° inc.1° de la Constitución Política establece directamente el "*principio de probidad*" al disponer que "el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones".

Lo anterior se refuerza en el inciso 2° al disponer que "son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional". La doctrina resume estas exigencias en el "*principio de transparencia*".

A nuestro juicio los "principios de probidad y de transparencia" son funcionales a otro: el de "servicialidad del Estado" a la persona humana y al bien común, cuya garantía jurídica es el "principio de legalidad" previsto en el art. 7° de la Constitución Política.

Por su parte el artículo 52 número 1 establece la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados sobre los actos del gobierno y así lo prevé en sus letras a,

d y e. El mismo artículo en su N° 2 letras a, b, c, d y e prescribe las "acusaciones constitucionales" en contra del Presidente de la República y sus Ministros de Estado; en contra de los magistrados de los tribunales superiores de justicia y del Contralor General de la República, de los Generales y Almirantes y de los Intendentes y Gobernadores, según sea el caso.

El artículo 53 N° 1 da atribución al Senado para conocer de las acusaciones constitucionales patrocinadas por la Cámara de Diputados; y en su N° 2 permite que el Senado decida si ha o no lugar a la admisión de las acciones judiciales que cualquier persona pretenda iniciar en contra de algún Ministro de Estado por perjuicios sufridos injustamente por actuaciones suyas en el desempeño de su cargo.

El artículo 60 en sus incisos 2°, 3° y 4°, particularmente, dispone las incompatibilidades e inhabilidades en las actuaciones de diputados y senadores por estimar que incurren en prácticas corruptas y de tráfico de influencias. La sanción es drástica: cesación en su cargo.

El artículo 79 se ocupa de los delitos de cohecho, denegación o torcida administración de justicia, y, en general, de prevaricación de los jueces; mientras el 80 señala que permanecerán en sus cargos mientras dure su buen comportamiento.

El artículo 93 señala las atribuciones del Tribunal Constitucional y, particularmente, en sus números 13, 14 y 15 regula su actuación en materia de inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios.

El artículo 98 inciso 1° señala las atribuciones de fiscalización y control de la Contraloría General de la República.

El artículo 112 regula las fiscalizaciones que corresponden al Intendente Regional, mientras el 113 se ocupa de las fiscalizaciones de los Consejos Regionales.

8.2. La Ley sobre Probidad Administrativa (19.653, de 1999)

La Ley sobre Probidad Administrativa (Ley 19.653 de 1999), en síntesis:

- Reformuló y aclaró inhabilidades para el ingreso a la Administración Pública.
- Precisó incompatibilidades en el ejercicio de la función pública.
- Estableció el deber de los funcionarios de emitir una declaración jurada de sus bienes.

- Dispuso sanciones administrativas para diversas conductas que se estiman que violan "el principio de probidad administrativa".

- Previó medidas de control social al disponer que cualquier ciudadano puede obtener información sobre las actividades de la Administración del Estado y sobre la declaración de intereses de autoridades y funcionarios públicos.

8.3. La Ley 19.645 y la reforma del Código Penal

Esta ley incorpora el artículo 240 bis y agrega un nuevo inciso al 248 bis para tipificar de tráfico de influencias que busca evitar las presiones directas o indirectas al funcionario a fin de lograr la satisfacción de un interés privado o sectorial.

Esta misma ley modificó los artículos 233, 234 y 235 y tipificó la "malversación de bienes o fondos". El sujeto del delito es el empleado público que por un deber legal tiene a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro. Las conductas delictivas son las siguientes: Substraer o consentir dolosamente que otro sustraiga sin reintegro al inicio de la persecución criminal (peculado) (art.233); Abandono o negligencia inexcusable (grave) que diere ocasión a que se efectúe por otro la substracción (art. 234); y aplicación o uso indebido para sí o para un tercero, con reintegro antes de la sentencia condenatoria.

Su penalidad dependerá de si ha existido o no daño o entorpecimiento en el servicio público (art. 235).

Se castiga la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

En el delito de *malversación pública* el bien jurídico protegido es la probidad administrativa a través de una correcta gestión del patrimonio estatal para satisfacer intereses generales de la comunidad, por lo que también se relaciona con el *principio de eficacia administrativa* y sus tipos están recogidos en los artículos 236 a 238 de nuestro Código Penal.

Por otra parte, los fraudes y exacciones ilegales previstos en los artículos 239 a 241, en realidad regulan y sancionan conductas distintas entre sí: el 239 lo hace a través del "fraude al fisco"; el 240 lo hace a través de "negociaciones incompatibles"; el 240 bis del "tráfico de influencias" y el 241 de "las exacciones ilegales". ¿Qué tienen en común? Que todos implican una falta de probidad al no cumplir los principios de lealtad y de corrección del funcionario público.

8.4. Otra reforma al Código Penal

La ley 20.088, del 2006, incorporó el artículo 241 bis al Código Penal y consagró "el enriquecimiento ilícito" como un nuevo delito en consonancia con lo previsto en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ambas ratificadas por Chile. Ello no obsta a que se critique su tipificación como inconstitucional por "no estar expresamente descrita la conducta" sancionada, como lo dispone el art. 19 N° 3 inc. 8° de nuestra Carta Fundamental.

Finalmente nuestra legislación regula una serie de delitos que tienen en común atentar contra los aspectos operativos de la función administrativa. El primero de los cuales es la "prevaricación administrativa", por ser delito ejecutado por funcionarios de la Administración Pública y no por funcionarios judiciales; está prevista en los artículos 228 y 229. Le siguen las figuras del "perjurio"; de "los nombramientos ilegales"; de "la usurpación de funciones"; de "la revelación de secretos" (246 y 247); "de la infidelidad en la custodia de documentos" (242 y 243 C. Penal); de "los abusos contra particulares" (255 a 259 C. Penal) y de otras formas de incumplimiento de deberes funcionarios (252-253 y 254 C. Penal).

8.5. Ley 18575: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

En su artículo 3° impone el "principio de probidad" a toda la Administración Pública; mientras en el 52 obliga detalladamente a las autoridades administrativas a cumplir con dicho principio.

En sus artículos 54 a 56 se establecen inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios públicos; mientras el 57 y siguientes obligan a la "declaración de intereses".

Finalmente, sus artículos 61 a 68, inclusive, establecen las responsabilidades y sanciones respectivas.

8.6. El Estatuto Administrativo, el Estatuto Administrativo Municipal y la Ley de Probidad

El artículo 58 del Estatuto Administrativo dispone el "principio de probidad" y el Estatuto Administrativo Municipal lo reitera, considerando que la Municipalidad es un servicio público descentralizado y en directo contacto con la comunidad a la que sirve.

La Ley de Probidad prohíbe a las autoridades municipales (alcaldes y concejales) la contratación en un municipio de ciertas personas vinculadas a ellos: cónyuge,

hijos y adoptados, parientes hasta el 3er. grado de consanguinidad (abuelos, nietos, tíos, sobrinos) y hasta el 2° de afinidad (yernos, cuñados, suegros, nueras). Con esta normativa se pretende impedir que quien desempeña un cargo en un organismo del Estado –como una Municipalidad– pueda verse afectado por un conflicto de intereses en el ejercicio de su función, debido a estos vínculos de parentesco con alguna de las autoridades o funcionarios directivos del municipio.

La ley prohíbe, además, que el alcalde, los concejales –o las autoridades y funcionarios directivos de la Administración civil del Estado antes mencionadas– cometan determinadas conductas que vulnerarían el principio de probidad administrativa. Entre ellas se mencionan las siguientes:

1. Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tenga acceso por la función pública que se desempeña.

2. Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona, y conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o terceros;

3. Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución en provecho propio o de terceros;

4. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales;

5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o la función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza;

6. Intervenir en razón de las funciones en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive. También participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta;

Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley lo disponga:

Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración.

Para incentivar la probidad funcionaria se dictó la Ley 20.205, vigente desde el 24-07-2007 y cuyo objeto es establecer diversas medidas de protección del

funcionario público que denuncia irregularidades y faltas a la probidad. Así lo dispone su modificación al Estatuto Administrativo (Ley 18.834) al que le agrega el artículo 90A, que lo regula expresamente, y sobre el modo y requisitos de la denuncia la misma ley agregó a dicho Estatuto el artículo 90B, que lo trata en detalle.

El mismo cuerpo legal modificó el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales (Ley 18.883) a fin de hacer prontas y eficaces las denuncias.

Sobre los derechos o garantías que tienen los funcionarios que presenten denuncias, la referida ley le agregó los artículos 88A y 88B, que los regulan.

La misma ley se hace cargo de sancionar denuncias sin fundamento, falsas o hechas con ánimo de perjudicar al denunciado, y por eso modifica el artículo 123 del Estatuto Administrativo Municipal y también la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

8.7. Medidas puntuales de probidad y transparencia

1. La Ley 19.882 creó el sistema de Alta Dirección Pública para la provisión de los cargos directivos. Hay estudios hechos por Ministerios que revelan que algunos han cumplido con sus exigencias (Salud, Trabajo, Previsión Social, Hacienda y Economía) en cambio otros se las han ingeniado para eludirlas. He ahí el mecanismo de "subrogancia en el cargo" que evita el concurso público y dilata los nombramientos.

2. Las leyes 19.884 y 19.885, ambas del 2003, regulan el financiamiento de las campañas electorales y de los partidos políticos.

3. Sobre transparencia y buen desempeño de la función parlamentaria, las respectivas Cámaras se han ocupado de ellas en su normativa interna.

4. Se ha consagrado el "derecho ciudadano" a la entrega de información por parte de la Administración del Estado. Así lo estableció la Ley 19.653, de 1999 (Ley de Probidad). Sin embargo, el Decreto Supremo N° 26, de 28-01-2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, aprobó un Reglamento sobre secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, que se tradujo, en la práctica, en que la información quedara entregada a la discrecionalidad del propio órgano administrativo. En abril del 2005 alrededor de 50 organismos públicos declararon reservados o secretos sus actos, lo que la Contraloría General de la República objetó basándose en la Ley 19.880 de 2003 que declara que "los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado son públicos, salvo

las excepciones establecidas por la ley" y dispuso que toda persona tiene derecho a acceder a los actos administrativos y sus documentos. La actual redacción del artículo 8° de la Constitución Política permite romper esa "cultura del secretismo" que ha imperado en Chile.

5. El Decreto Supremo N° 30, de 30-04-2008, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, creó una "Comisión Asesora Ministerial para la Probidad y Transparencia", dependiente de dicho Ministerio.

6. Últimamente se han creado otros dos organismos: el Consejo Superior para la Transparencia y Ética Gubernamental (COSTEG) y la Oficina para la Transparencia (OTEG).

9. La probidad en el ámbito internacional

1. En 1995 el Foro Económico Mundial (organización internacional de ejecutivos de alto nivel) hizo un llamado a los gobiernos y al sector empresarial para combatir la corrupción.

2. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) aprobó en 1997 un llamado a los Estados miembros a "tomar medidas eficaces a fin de desalentar, prevenir y combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros relacionados con transacciones de negocios internacionales". Chile junto con México es el segundo país latinoamericano en ser admitido a dicho organismo.

3. La Organización de Estados Americanos (O.E.A.) aprobó en marzo de 1996 la "Convención Interamericana contra la Corrupción", que ese mismo año fue ratificada por 23 estados miembros, Chile entre ellos.

Su estructura es simple:

- Define los términos que podrían ocasionar problemas de interpretación dada la diversidad socio-cultural de sus miembros.

- Enuncia los propósitos de la Convención.

- Señala las medidas preventivas contra la corrupción.

- Describe las conductas delictivas.

- Dispone normas para un desarrollo progresivo y actualizado de las legislaciones internas de los miembros.

- Establece disposiciones relativas a la cooperación internacional en estas materias.

1) Ese mismo año el Banco Mundial anunció modificaciones a sus sistemas de préstamos a los Estados a fin de protegerse de la corrupción. Lo mismo ha hecho el Fondo Monetario Internacional (F.M.I.).

2) En diciembre de aquel año la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó una declaración en que hace un llamado a sus Estados miembros a adoptar medidas internas eficaces para combatir la corrupción.

3) La Organización Mundial de Comercio (O.M.C.) aquel mismo año hizo otro tanto.

4) En Berlín, en 1993, se fundó una ONG que se ocupa, justamente, del combate a la corrupción: Es Trasparencia Internacional, que cuenta con secciones nacionales en el mundo entero.

5) El Consejo de la Unión Europea aprobó un convenio contra la corrupción en mayo de 1997; mientras su Comité de Ministros aprobó un Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción, en enero de 1999 y a fines de ese año aprobó un Convenio de Derecho Civil sobre la Corrupción.

6) El 2003 se aprobó la Convención de la Unión Africana contra la Corrupción.

7) La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Su estructura es similar a la Interamericana. Chile también la ratificó y está vigente.

Conclusiones

En el presente trabajo hemos partido distinguiendo lo que, a nuestro juicio, son las tres grandes dimensiones del derecho que se necesitan y complementan entre sí. Mientras la opinión predominante en Chile pone énfasis en la norma jurídica, nosotros, sin desconocer su incidencia, destacamos el objeto del deber impuesto por ella. Es que si éste no está debidamente identificado, es imposible que la norma, aunque sea coactiva, sea eficaz.

Ahora bien, ¿qué protege el derecho normativo? Todas las conductas de interés social que puedan afectar a otro, sea dañándolo sea beneficiándolo. Por lo primero, es que la ley es una ordenación racional encaminada al bien común, y, por lo segundo, que ella ha de respetar la justicia asegurando que a cada cual se le dé lo suyo.

El "principio de probidad" es expresión de aquellas exigencias que son de índole moral a la vez que jurídicas. Por esta razón nos adentramos en el estudio de las grandes direcciones de las filosofías morales distinguiéndolas según identifiquen el origen o fundamento de la bondad de los actos humanos y de las personas que los ejecutan. En esta pesquisa hemos resaltado la doctrina ontológica por estimar que ella da las bases para una mayor objetividad moral, vinculando, de paso, la probidad con la justicia. Así, a los servidores públicos se les exige que subordinen sus intereses particulares al bien común de la Nación. La probidad se nos presenta como una exigencia de moral política, puesto que se vive, justamente, en la Polis o sociedad en que la estructura y ejercicio del poder social están organizados.

El derecho chileno ha elevado a rango constitucional el "principio de probidad" junto a aquellos otros "de servicialidad del Estado" a la persona humana y al "bien común" y como una manera de eficacia ha dispuesto, también en la misma Constitución Política, el principio de "publicidad o de transparencia" de los actos de la Administración Pública. De esta manera el mejor control preventivo de la probidad administrativa es el "control ciudadano", porque consagra como un derecho constitucional el que cualquier persona pueda conocer los actos administrativos, sus finalidades y fundamentos y también sus costos financieros.

En consonancia con tales principios, la propia Constitución Política señala las instituciones y sus respectivos mecanismos de fiscalización y de control de los actos de la Administración previendo en aquéllas inhabilidades e incompatibilidades que pudieran afectar su integridad moral.

El carácter general o de "normas-marco" con que la Carta Fundamental trata estas materias ha sido objeto de una regulación más precisa y acotada tanto por las leyes administrativas (Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, Estatuto Administrativo, etc.) cuanto por las normas penales que tipifican las conductas inconvenientes.

Pues bien, de las normas del derecho chileno se colige que "la probidad" es una dimensión de la justicia legal: no es ni más ni menos que el deber que soporta la autoridad o servidor público de contribución al bien común a cuyo servicio está. A *contrario sensu,* las conductas en que se "falta a la probidad" es porque se ha privilegiado su interés propio perjudicando o dañando el derecho ajeno, en este caso, de la comunidad toda en cuyo nombre actúa el Estado.

La coincidencia entre derecho y moral en el caso de la probidad es ostensible y se debe a que ambos órdenes normativos tienen en común las exigencias de la justicia. Para el derecho ella es, junto con la seguridad o certeza jurídica, su valor predominante, mientras para la moral constituye una virtud cardinal. Aquel vela por el "acto justo" y ésta por "el hombre justo". Es claro que la

moral es más radical, puesto que baja a la conciencia, mientras el derecho se restringe a la exterioridad del acto. Reiteramos, la probidad es una dimensión especial de la justicia: es la propia del gobernante y en general de todos los que participan del servicio público. Por ello la corrupción de quienes "hacen cabeza" constituye una injusticia más grave que la del simple ciudadano, porque dada su investidura y su función de gestores del bien común, sus conductas y formas de proceder constituyen modelos para la comunidad, por lo que corrompidos ellos la sociedad entera se corrompe. Tomás Moro en su *Utopía* lo expresa diciendo que "del príncipe, como de un inagotable manantial, viene a los pueblos la inundación de todo lo bueno y de todo lo malo". Y el mismo Moro, dándose cuenta que el origen de estas conductas réprobas es "*la codicia*", exhorta a los gobernantes "a vivir honradamente de lo suyo, ajustando sus gastos a sus ingresos".

La profusión de normas jurídicas tanto nacionales como internacionales sobre la probidad y la penalización de las conductas que la transgreden nos revela que estamos en presencia de la globalización del fenómeno y que confiar la superación de la crisis sólo en el derecho es insuficiente. Es fundamentalmente un problema moral. No basta, entonces, que el funcionario sea técnicamente eficiente, es indispensable su formación ética, sobre todo, en las virtudes morales cívicas a cuya cabeza están la prudencia y la justicia, tan destacadas por la moral ontológica, que al fundarse en la naturaleza misma de las cosas, hace razonable el derecho. Le otorga justificación ante el fuero de la conciencia y así robustece su eficacia social. El derecho, por su parte, garantiza mediante las sanciones coactivas el cumplimiento externo de la norma, de manera que los actos humanos, al menos, no dañen o perjudiquen a otro y de haber ocurrido esto, dispone no sólo de las sanciones que corresponda, sino también la indemnización de perjuicios que salve el acto injusto y retrotraiga las cosas a su estado anterior.

Como ha podido apreciarse, en esta perspectiva de análisis ambos órdenes normativos, moral y derecho, se afianzan y complementan. Ninguno está de más.

Contrato de agencia comercial

María Fernanda Juppet Ewing
Profesora de Derecho, Economía y Mercado
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo
Decana UNIACC
LLM. University of California
Berkeley, Estados Unidos
MBA, Universidad de Valencia
Magister en Derecho de la Empresa

Resumen: En el presente artículo se tratará en forma orgánica un análisis comparativo de la legislación chilena, española, norteamericana y europea comunitaria en lo relativo al contrato de agencia comercial. Con la finalidad de facilitar la aplicación y comprensión de dicho contrato desde una perspectiva práctica.

***

Introducción

En el momento en que un empresario decide ampliar su radio comercial hacia el exterior, una de las principales dudas que debe resolver es la forma jurídica mediante la cual implementará esta estrategia. Al verse enfrentado a nuevos territorios deberá resolver una serie de temáticas tales como: la ausencia de contacto con los clientes potenciales, el desconocimiento de las normas legales locales y las preferencias de los consumidores. Todos estos problemas podrían complicar la toma de decisiones de la apertura de un nuevo mercado.

Por lo general, llegará a la conclusión que es más fácil desarrollar las actividades económicas en el extranjero si se está trabajando en la compañía de alguien que pueda representar sus intereses en el ámbito territorial de su expansión.

Las vías jurídicas para enfrentar este dilema pasan por la búsqueda de distribuidores, la aplicación de una alianza estratégica entre empresas a través de un *joint venture*, la instalación de una oficina de negocios o la contratación de un agente comercial.

Dentro de las alternativas potenciales, pareciera ser recomendable en un comienzo la opción del agente comercial, dado que contar con un representante en la zona de negocios permite usar su red local y el conocimiento sobre los

asuntos legales y requisitos para operar tiende a multiplicar las posibilidades de negocios en el nuevo territorio, y reducir los costos iniciales de conocer un mercado nuevo. Para lo cual existen dos estructuras jurídicas que podrían servir para este propósito: por una parte, el contrato de agencia, y, por otra, el contrato de distribución.

En ambos contratos se otorga la oportunidad de expansión que un empresario requiere para crecer fuera de las fronteras nacionales, con diferentes niveles de independencia del tercero relacionado.

Sobre el contrato de agencia

El contrato de agencia se define, de acuerdo al profesor Osvaldo Contreras Strauch, como: "un contrato por medio del cual una parte, que generalmente es denominada comitente, encarga a la otra, llamada agente, la promoción de negocios por su cuenta y orden"[1].

De la definición propuesta, es posible indicar que efectivamente el contrato de agencia de acuerdo a la doctrina comercial correspondería a una clase de comisión específicamente orientada a la promoción de negocios en el exterior. Por tanto, en el caso de la normativa chilena al igual que en la argentina, serían las normas del contrato de comisión las que se aplicarían supletoriamente a las del contrato de agencia, y en segundo lugar, las del mandato mercantil, por corresponder la promoción de negocios a un acto esencialmente de intermediación comercial.

De tal manera, el contrato de agencia de negocios se constituye en un negocio especial, que consta de dos elementos principales: En primer lugar, la promoción de negocios que busca mejorar las ventas de bienes producidos por el comitente. Y, en segundo lugar, la representación del comitente frente a clientes actuales o potenciales en el territorio determinado por el contrato de agencia, siempre y cuando se incorpore en el contrato una cláusula de cierre de negocios.

Con todo, es importante señalar que el contrato de agencia, si bien es considerado como una clase de comisión, o una comisión especial, se diferencia de ella dadas las características especiales del contrato de agencia, dentro de las cuales destacan: "(...) la continuidad de la relación y la exclusividad de una zona o territorio, elementos diferenciadores que no existen en el mandato ni la comisión mercantil"[2].

[1] Contreras Strauch, Osvaldo; *Instituciones de Derecho Comercial*, Ediciones Universidad Diego Portales, primera edición, 2004, página 338.

[2] Gilberto Villegas, Carlos; *Contratos mercantiles y bancarios*; Tomo I: Contratos mercantiles; Edición del autor, Buenos Aires, Argentina, año 2005, primera edición, página 679.

A los elementos individualizados por Contreras, del estudio de doctrina comparada es posible identificar otros dos: la autonomía empresaria del agente y la relación de estabilidad en el contrato de agencia. La idea de autonomía surge del carácter profesional e independiente de las labores de promoción y conclusión de contratos del agente en el territorio designado. Mientras que la estabilidad se basa en la relación continua en el tiempo que se promueve a través de esta forma contractual.

Para parte de la doctrina, también puede considerarse un elemento propio de este contrato la exclusividad del agente en la promoción de los bienes o servicios del comitente, pero en mi opinión esta es sólo uno de los tipos de cláusulas de restricción que podrían imponerse al agente por el contrato, como revisaremos en un acápite especial del presente artículo.

En el proceso de crecimiento internacional de una empresa, el contrato de agencia se observa como una estrategia posible para la incursión en territorios desconocidos para el comerciante. Dado que mediante este contrato podrá investigar a un bajo costo la viabilidad comercial de abrir una sucursal o filial en el territorio del agente tras el vencimiento del contrato de agencia, una vez que los productos ya sean conocidos en el mercado objetivo donde ha operado el agente.

La ley relativa al contrato de agencia española 12/1992, de 27 de mayo, define en su artículo primero al contrato de agencia como: "Aquel contrato por el que una persona natural o jurídica (denominada agente) de forma continuada o estable y a cambio de una remuneración, a promover exclusivamente los actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente sin asumir el riesgo de tales operaciones"[3].

Es así como el agente en su calidad de empresario independiente deberá asumir sus propios riesgos, por cuanto es su experticia la que pone al servicio del comitente. En palabras de Carlos Gilberto Villegas: "El agente, asumiendo los riesgos de su propia actividad empresarial, pone su estructura empresaria, su experiencia y profesionalidad, a disposición del fabricante o mayorista, para facilitarle la promoción de sus productos y servicios en una zona geográfica determinada y, eventualmente, la conclusión de negocios mercantiles en nombre y representación del principal, sin asumir los riesgos de cada operación"[4].

[3] Ley española que regula el contrato de agencia número 12/1992, de 27 de mayo, artículo primero.
[4] Gilberto Villegas, Carlos; *Contratos mercantiles y bancarios*; Tomo I: Contratos mercantiles; Edición del autor, Buenos Aires, Argentina, año 2005, primera edición, página 673.

El contrato de agencia es tratado dentro del derecho chileno como parte del estudio de los actos de comercio a propósito de la enumeración del artículo 3° en su numeral séptimo. Asimismo, se reconoce al agente como uno de los auxiliares independientes del comerciante, pero su principal importancia en el tráfico comercial está dada por su carácter de contrato comercial de colaboración.

En nuestro país se lo estudia a propósito de los nuevos contratos mercantiles basados en la costumbre mercantil y criterios internacionales, pero no contamos con una legislación pormenorizada que venga en regular esta forma contractual. En mi opinión, la falta de regulación del contrato de agencia es una ventaja interesante para su evolución, ya que permite incorporar casi instantáneamente nuevas cláusulas libremente, adecuándonos a necesidades internacionales permitiendo una mejor competitividad de nuestros empresarios en el exterior.

Es menester tener en consideración la necesidad económica a la que obedece el contrato de agencia, el cual, en palabras de Contreras, implica: "representar con independencia los intereses de un fabricante o de un comerciante en un cierto territorio, permitiendo a éste intentar sin riesgos la penetración en territorios comerciales donde no estaba antes presente y donde una organización de ventas a través de empleados directos le sería demasiado onerosa"[5].

Con todo, resulta imperioso indicar que si bien es posible concordar con el autor en general las necesidades que llevan al comerciante a contratar un agente, no es menos cierto que el contrato de agencia implica dos clases de riesgos: Riesgos contractuales y riesgos legales. Los primeros se refieren a una serie de consecuencias adversas que pudieran afectar al comitente por una falta de claridad en el contrato de agencia. Mientras los segundos implican normativa especial de los territorios agenciados, tendientes a proteger al agente, especialmente en lo que se refiere a la terminación del contrato[6], normas que usualmente son desconocidas por el comitente y que serán mencionadas en el acápite de derecho comparado del presente artículo.

En lo referente a los riesgos contractuales del contrato de agencia, es importante considerar que dado que el agente será la cara visible de la compañía dentro de dicho territorio, la representación implícita en el contrato no está exenta de riesgos para el comitente. Dado que en cualquier territorio en el cual el agente lo represente quien finalmente resultará obligado por sus actos será el comitente, por lo que es de suyo relevante restringir las actuaciones del agente por medio de normas claras contenidas en el contrato de agencia, de manera que sea posible limitar los riesgos asumidos por el comitente.

[5] Contreras Strauch, Osvaldo; *Instituciones de Derecho Comercial*, Ediciones Universidad Diego Portales, primera edición, 2004, página 338.
[6] Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*. Cuarta Edición, Foundation Press, 2010, página 318.

Con todo, la representación para la doctrina comparada no es un elemento esencial para el contrato de agencia, sólo considerándose implícita en el caso que se incorpore el cierre de negocios dentro del encargo del comitente. En caso de no estimarse dicha labor entre las encomendadas al agente, la labor de éste: "...limita su actividad a la búsqueda de clientes, a la toma de contactos con ellos y al inicio de las tratativas, siendo extraño a la conclusión de los contratos que se concretarán entre el preponente (comitente) y los clientes en el momento que arriben a los respectivos acuerdos"[7].

Además, considerando que la promoción de ventas es parte de los elementos propios del contrato de agencia, se deberán incorporar en el contrato normas expresas respecto de la imagen corporativa de la compañía a fin de evitar que a causa de una libertad excesiva o del silencio en el mismo se pueda ver afectada la marca comercial del comitente en el territorio delegado.

Agencia vs. distribución

Al momento de optar por una forma jurídica de inversión, la decisión del empresario por regla general será definir entre un contrato de agencia, colocando a un tercero relacionado con su compañía en el exterior, u optar por un distribuidor que corra con los gastos del negocio en el territorio designado por contrato como su zona de operaciones.

Al comparar ambos contratos es posible observar que en el contrato de agencia la empresa tiene la decisión de contratar a un individuo local, con el encargo de facilitar la generación de nuevos negocios en un territorio previamente determinado.

El agente puede tomar varias formas jurídicas, en el caso del derecho chileno por ser una comisión se le aplicarán las normas del mandato. En otras legislaciones, como por ejemplo la norteamericana, el agente será considerado como un empleado del comerciante, al cual se le reconoce un territorio exclusivo de acción con una remuneración pactada en razón de un porcentaje sobre el monto general de los beneficios que genera a favor de su principal.

Una de las características que se consideran a nivel universal respecto del agente es que nunca adquiere la titularidad de los bienes, sino que se le reconoce un rol de facilitador de negocios, acercando al cliente a su representado.

Cuando se opta por un distribuidor, este presenta una mayor independencia del fabricante, al adquirir directamente los bienes para sí con autorización para

[7] Gilberto Villegas, Carlos; *Contratos mercantiles y bancarios;* Tomo I: Contratos mercantiles; Edición del autor, Buenos Aires, Argentina, año 2005, primera edición, página 675.

revender dichos bienes por su cuenta y riesgo, se convierte en un empresario independiente relacionado con el fabricante o comerciante por medio de una transacción comercial.

En el caso del distribuidor, su beneficio estará dado por la diferencia entre el precio de compra y el de reventa. Al contrario del contrato de agencia en el cual la retribución está dada por un porcentaje sobre los beneficios o un *royalty* previamente pactado.

Podremos ir observando un menor grado de control del fabricante o comerciante respecto del agente, sobre el cual puede ejercer un control real, hasta el distribuidor, en donde el control será menor, hasta llegar al contrato de concesión, que implica una menor tutela del comerciante sobre el vendedor de sus productos. "Así un grado de menor control aparece en el contrato de distribución, y se avanza hacia un mayor grado de control en el contrato de agencia para culminar con el de concesión. Lo que tienen en común estos contratos, además de ser los medios jurídicos adecuados a los procesos actuales de comercialización de productos o servicios, es una independencia de la empresa fabricante o mayorista y el mayor o menor grado de autonomía de la empresa distribuidora"[8].

Con todo, el distribuidor en caso alguno podrá representar al fabricante o comerciante en las diversas transacciones realizadas en el exterior sobre sus productos. Representación que se le concede al agente cuando esté autorizado a cerrar los negocios a favor del comitente.

Asimismo, en caso de no pago del cliente, el distribuidor deberá soportar dicha pérdida, pero en el caso del agente será el comitente quien deba enfrentar las consecuencias adversas del negocio en su patrimonio.

Obligaciones de las partes en el contrato de agencia

Como hemos indicado con anterioridad, las partes del contrato de agencia comercial serán el comitente, quien puede ser el comerciante o fabricante, el que actúa como principal del contrato, y el agente, quien actúa como comisionista dentro del contrato.

Es importante recordar, que los fabricantes que no desarrollan su actividad económica organizados en forma de empresa, de acuerdo al derecho chileno, están realizando un acto civil, no mercantil, y por ende no serían comercian-

[8] Gilberto Villegas, Carlos; *Contratos mercantiles y bancarios*; Tomo I: Contratos mercantiles; Edición del autor, Buenos Aires, Argentina, año 2005, primera edición, página 672.

tes, pero eso no obsta a que pudieran contratar agentes en una etapa previa a convertirse en un ente organizado mercantilizando la operación.

Por otra parte, tenemos al agente, el cual, de acuerdo a la doctrina francesa, es considerado como asistente independiente del comerciante, porque no actúa desde el comercio donde los productos del comerciante se han ganado un espacio del mercado, sino que abre nuevos territorios, dentro de las facultades que el comitente le haya delegado a través del contrato.

Por lo tanto, el agente comercial es intermediario al cual el comitente le concede la autoridad para negociar la compra o venta de bienes a su nombre, o el negociar otras operaciones mercantiles en su beneficio.

Es así como el agente presenta la forma de un auxiliar del comerciante, dado que no puede ser considerado empleado al no estar sometido bajo un vínculo de subordinación y dependencia. Pero, por otra parte, deberá rendir cuenta de sus acciones a su comitente al terminar el encargo.

De tal manera, entendiendo la naturaleza jurídica y la identificación de los roles de cada una de las partes, existen al menos ciertas obligaciones esenciales sin las cuales no sería posible concebir un contrato de agencia, de las cuales resulta posible distinguir las siguientes obligaciones de las partes:

a. Obligaciones del comitente

Las obligaciones del comitente en el contrato que nos ocupa serán dictadas por la naturaleza mima de la comisión, debemos comprender que estarán orientadas a facilitar el logro de la misión encomendada, por lo que deberá actuar de buena fe, buscando no sólo su interés personal, sino que el del agente, al proporcionarle toda la información necesaria para que éste pueda cumplir con su encargo.

De tal manera es posible identificar, al menos, las siguientes obligaciones:

1) Poner a disposición del agente el material gráfico de apoyo, y técnico, que tenga a su disposición respecto de los productos que le encomiende su venta.

2) Entregar toda la documentación e información necesaria para llevar a cabo el encargo.

3) Advertirle con anterioridad si el volumen de sus operaciones fuera inferior al que pudiera el agente lícitamente esperar.

4) Cumplir con la contraprestación pactada al momento acordado.

5) Informar al agente respecto de sus objeciones a una operación determinada, de tal manera que el agente pueda informar oportunamente al cliente de las instrucciones de su comitente.

Es importante considerar que la reputación comercial del agente se convierte en su principal capital de trabajo, por tanto, si es que el comitente no le entrega las herramientas para cumplir con su labor adecuadamente, dilata la decisión sobre operaciones negociadas por el agente o simplemente incumple sus obligaciones, lo afecta directamente, pudiendo resultar esta controversia en una indemnización de perjuicios. Que en el caso de contratar agentes europeos, está avalado por la legislación tanto comunitaria como en ciertos casos nacional.

b. Obligaciones del agente

Resulta claro de las características del contrato en comento, que existen una serie de obligaciones que el agente debe cumplir, dado que resultan parte inherente del negocio encomendado, en este caso, la promoción de ventas de un determinado producto.

Dentro de las obligaciones esenciales de este contrato es posible destacar las siguientes:

1) Debe velar por el interés de su comitente actuando diligentemente y de buena fe. Esto no significa que sea una obligación para el agente que cada transacción concluya con resultados positivos para el comitente, sino sólo que todos los esfuerzos del agente deben dirigirse hacia ese objetivo.

Siguiendo en este punto al tratadista argentino Carlos Gilberto Villegas, de la obligación de cumplir el contrato de buena fe surgen otras obligaciones, como la de confidencialidad del agente, al indicar: "Como el agente es un profesional, realizará las tareas encomendadas actuando con la diligencia que pone en sus propios negocios, además de requerirse una actuación de "lealtad y buena fe". De allí que se considere entre sus deberes el de observar estrictamente la "confidencialidad" de toda información que por razón de los negocios comunes le brinde el preponente"[9].

2) Ocuparse de la promoción y de la conclusión de las operaciones que se hayan dejado a su cargo.

[9] Gilberto Villegas, Carlos; *Contratos mercantiles y bancarios*; Tomo I: Contratos mercantiles; Edición del autor, Buenos Aires, Argentina, año 2005, primera edición, página 682.

3) Comunicar al comitente respecto de cualquier información necesaria de la que disponga sobre el negocio, permitiendo al comitente modificar sus estrategias de negocios en caso de ser necesario.

4) Respetar y seguir las instrucciones que le sean entregadas por el principal en la ejecución de las operaciones mercantiles a su cargo.

La única excepción que pudiera presentarse a este deber es aquel caso en el que el agente en virtud de su experiencia mercantil en el territorio de su encargo pueda reconocer un peligro inminente para su comitente si siguiera sus instrucciones. Caso en el cual podrá suspender la operación hasta que comunique sus dudas al principal y reciba nuevas instrucciones complementarias.

Si es que el agente se abstiene de informar al comitente en este caso, será responsable de los posibles daños que implique para el comitente la actuación del agente, aun cuando se encuentre amparado por sus instrucciones. Por cuanto la naturaleza misma del contrato de agencia implica que una de las razones para contratar radica en la experticia del agente. Así, resulta de suyo relevante destacar que el agente pone al servicio del comitente no su obediencia, sino que sus conocimientos y habilidades.

1) Comunicar al principal respecto de toda la información de la que disponga cuando el encargo concluya.

2) Recibir a nombre del principal cualquier reclamo relativo a defectos, calidad o cantidad del producto o servicios prestados.

3) Rendir cuentas.

4) Obligaciones relativas a cláusulas de restricción en el contrato de agencia. Las cuales por su importancia serán tratadas en el acápite siguiente.

Cláusulas de restricción en el contrato de agencia comercial

Aun cuando el contrato de agencia al ser clasificado como un contrato de colaboración pudiera entenderse como un contrato basado en la confianza, no es menos cierto que, dentro de las cláusulas usuales que encontraremos en ellos serán aquellas orientadas a la creación de barreras o restricciones al agente que tiendan a proteger los intereses del comitente en el territorio donde se lleven a cabo las operaciones comerciales del primero a nombre del segundo.

Además de la restricción inherente al contrato dada por la delimitación del territorio donde el agente ejercerá sus funciones, existen una serie de cláu-

sulas de restricción que son consideradas de estilo en el derecho anglosajón respecto de esta forma contractual, dentro de las cuales podemos distinguir tres: La exclusividad territorial, la restricción territorial y las obligaciones de no competir[10].

a) Exclusividad territorial

La cláusula de exclusividad territorial implica para el agente el beneficio de ser el único promotor de ventas para el fabricante o comerciante en el territorio designado como zona exclusiva dentro del contrato de agencia. Prohibiendo al fabricante el contratar con un tercero la promoción de sus productos en el mismo.

Por regla general, el territorio delimitado se circunscribe a un determinado estado o país, agregando nuevas regiones dependiendo de los resultados obtenidos por el agente en sus gestiones previas.

b) Restricción territorial[11]

La restricción territorial, por su parte, es un reflejo de la cláusula de exclusividad territorial, dado que prohíbe al agente operar ampliando el radio que le fuera encomendado por el comitente en el contrato.

Este tipo de cláusulas implican una obligación de no hacer, una abstención por parte del agente de ampliar sus operaciones más allá del territorio previamente autorizado por el comitente.

Esta cláusula implica una restricción en las opciones del consumidor para adquirir el producto, ya que se lo obliga a acudir al territorio en que el agente está autorizado por el comitente para realizar la operación comercial, resultándole vedado el solicitar la venta en su propio domicilio, cuando éste se ubica fuera de la zona de restricción territorial del agente.

c) Obligación de no competir

Una cláusula común en los contratos de agencia, que se ha convertido prácticamente en una norma de estilo, es la que impone la obligación de no competir, de tal manera que el comitente exige una exclusividad de representación por parte de sus representantes o agentes de promoción de negocios.

[10] Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*: Cuarta Edición, Foundation Press, 2010, página 335.
[11] Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*. Cuarta Edición, Foundation Press, 2010, página 336.

Así, el agente queda impedido de ofrecer productos o servicios de las mismas características de los productos que el fabricante o que el comerciante han incorporado dentro del contrato de agencia.

En otras palabras, el representante se compromete a evitar toda representación de productos que pudieran ser considerados competencia para el negocio del comitente. Es decir, productos destinados a satisfacer las mismas necesidades que los fabricados o enajenados por el comitente.

Para el agente, en caso de existir además una cláusula de exclusividad territorial o restricción territorial, ésta podría ser entendida como una autorización tácita para representar productos de la competencia fuera del radio que dicha cláusula circunscribe. Es decir, la mezcla de ambas cláusulas podría implicar que el agente se obliga sólo a promover los productos o servicios del comitente dentro de dicha zona, no pudiendo representar directa o indirectamente productos o servicios que tengan características de bienes sustitutos de los producidos por el comitente. Por ende, quedaría en libertad de promover productos de su competencia fuera de dicha circunscripción territorial.

Agencia y las leyes de defensa de la libre competencia

En materia de concentración de mercados cada vez más es posible distinguir dos posturas antagónicas. La primera, que es la que ha seguido la legislación chilena, condena aquellas prácticas tendientes a favorecer la concentración de mercado que pudiera dar origen a situaciones de abuso respecto de consumidores.

En segundo lugar, están aquellos que favorecen la idea de mercados concentrados, argumentando que permiten al fabricante producir de una manera más eficiente, reduciendo sus costos aprovechando economías a escala resultante de la capacidad de negociación del agente económico.

Más allá de la opinión personal que se ostente sobre este problema, no hay duda que las restricciones de la competencia que hemos abordado en el apartado designado para analizar las cláusulas de restricción implican convenios que privan a un agente del mercado (el agente) de participar en actividades con un competidor del comitente en un territorio determinado, de acuerdo a las condiciones ya discutidas. Esta cláusula puede ser considerada por la normativa internacional como infracciones de la normativa antimonopolio. Cual es el caso de Argentina, y potencialmente podría ser el chileno.

De la lectura de la Ley Sherman, que regula violaciones antimonopolio en EE.UU., resulta bastante clara la discutible legalidad de esta clase de acuerdos

al indicar que serán considerados ilegales: " Todo contrato, combinación en forma de confianza o no, o conspiración para restringir el comercio o el comercio entre los varios Estados, o con extranjero naciones se declara ilegal".

Con todo, la Corte Suprema de los Estados Unidos no comparte esta interpretación, ya que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las operaciones comerciales de concentración ayudan a mejorar el comercio, incluso usando como ejemplo de este modelo virtuoso los acuerdos de exclusividad en contratos de agencia y distribución[12].

Por otra parte, el Tribunal Supremo permite restricciones verticales, o en otras palabras, los acuerdos entre los diferentes agentes de la cadena de producción, como fabricantes, distribuidores y vendedor, favoreciendo su utilidad económica, por el peligro hacia el interior de la cuota de mercado que este tipo de acuerdos tienden a generar.

La Unión Europea, por su parte, también condena en su legislación este tipo de acuerdos, aun así, existiendo normativa que directamente los prohíbe en el artículo 81 del Tratado de Roma, se establece un tratamiento especial de carácter excepcional a través del Reglamento (CE) N° 2790/1999 de 22 de diciembre de 1999, sobre la aplicación del artículo 81 (3) del Tratado CE, autorizando la existencia de determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Autorizando acuerdos verticales al indicar que: "(6) Los acuerdos verticales de la categoría, definidos en el presente Reglamento, pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes. En concreto, pueden llevar a una reducción de los costes de las transacciones y de los costes de distribución de las partes y a optimizar sus niveles de ventas e inversión"[13].

Este Reglamento autoriza la suscripción de dichos acuerdos sin revisión adicional que los autorice por parte de la autoridad, en aquellos casos en que impliquen una concentración del mercado que no supere el 30% ordenando: "(8) Siempre y cuando la cuota de mercado del proveedor en el mercado de referencia no exceda del 30%, cabe suponer que los acuerdos verticales que no contengan determinado tipo de restricciones especialmente graves y contrarias a la competencia conducen por lo general a una mejora en la producción o distribución y reservan a los usuarios una participación equitativa en los beneficios resultantes.

[12] Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*. Cuarta Edición, Foundation Press, 2010, página 337.

[13] REGLAMENTO (CE) N° 2790/1999 DE LA COMISIÓN de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, página 1.

En el caso de los acuerdos verticales que contienen obligaciones de suministro exclusivo, la cuota de mercado del comprador es el factor decisivo para determinar los efectos globales de tales acuerdos verticales sobre el mercado"[14].

Sin embargo, es importante tener en cuenta que este tipo de disposiciones se pueden encontrar en los mercados desarrollados, pero que en función de la regulación particular de algunos países en desarrollo, se puede llegar a contravenir la regulación de defensa de la libre competencia, lo cual puede implicar altas multas a favor de los gobiernos locales.

Formas y momento del pago de un contrato de agencia

En el entendido que el agente es un auxiliar independiente del comerciante, y, por ende, se le reconoce en derecho comparado incluso la calidad de empresario independiente, existen variadas formas de pago que se pueden pactar en el contrato de agencia. Entre las que destacan el *royalty*, comisión basada en ventas, o comisión basada en beneficios generados.

a) Royalty. Esta forma de cálculo de pago implica el pacto de un monto por regalías, basado de antemano.

b) Comisión basada en las ventas: Se calculará sobre los ingresos de explotación del negocio, es decir, respecto de los montos vendidos antes de deducir costos y pago de impuestos.

c) Comisión basada en los beneficios: Se realizará el cálculo sobre las utilidades líquidas, es decir, tras la deducción de todos los gastos e impuestos que deba solventar el comitente respecto de la operación comercial.

Se deberá incorporar una cláusula que incorpore la forma de cálculo de la remuneración del agente, dado que en caso contrario el comitente quedará a merced de la legislación aplicable en el país de ejecución del contrato. Lo que puede implicar en casos como el chileno y el argentino, que esta suma sea determinada por los tribunales ordinarios de justicia basados en la costumbre mercantil.

O en otras ocasiones será la legislación territorial la que subsane este problema, como es el caso de la Directiva 86/653/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, la que en su artículo sexto ordena[15]: "Si no hubiere acuerdo sobre

[14] REGLAMENTO (CE) N° 2790/1999 DE LA COMISIÓN de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, página 1.

[15] Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, publicada en el Diario Oficial N° L 382 de 31/12/1986, página 0018.

este punto entre las partes y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones obligatorias de los Estados miembros sobre el nivel de las remuneraciones, el agente comercial tendrá derecho a una remuneración de acuerdo con los usos habituales donde ejerza su actividad y por la representación de las mercancías que sean objeto del contrato de agencia. Si no existieren tales usos, el agente comercial tendrá derecho a una remuneración razonable que tenga en cuenta todos los elementos que hayan intervenido en la operación."

La obligación del pago de la comisión al agente comercial europeo se devenga bajo las siguientes circunstancias:

a) El empresario ha ejecutado la operación.

b) El empresario debió ejecutar la operación en virtud del acuerdo celebrado por el tercero.

c) El tercero ha ejecutado la operación.

Con todo, dicha remuneración deberá ser pagada a más tardar, de acuerdo al artículo en comento, el último día del mes siguiente al trimestre durante el que se haya devengado esta obligación.

Debemos indicar que, asimismo, la normativa europea incluye una serie de normas tendientes a proteger al agente comercial, especialmente de la privación de su comisión por parte del comitente.

Se indica por el artículo séptimo de la directiva antes referida que el agente tendrá derecho a una comisión bajo diversos escenarios:

a) Dentro del período de vigencia del contrato de agencia.

   1. Cuando la operación haya concluido gracias a su intervención.

   2. Cuando la operación se haya concluido con un tercero, cuya clientela haya obtenido anteriormente para operaciones del mismo tipo.

b) Por una operación que haya concluido durante la vigencia del contrato.

   1. Cuando el agente esté a cargo de un sector geográfico o grupo determinado de personas.

   2. Cuando disfrute del derecho concedido por una cláusula de exclusividad para un sector geográfico o para un grupo determinado de personas, siempre que el cliente pertenezca a dicho sector o grupo.

c) Por una operación que se haya concluido en forma posterior a la terminación del contrato de agencia[16].

1. Si la operación se hubiere desarrollado durante la vigencia del contrato de agencia y la operación hubiera concluido tras un plazo razonable desde la terminación de dicho contrato.

2. Si de acuerdo a los casos anteriormente indicados, el agente comercial hubiera recibido el encargo de un tercero antes de la terminación del contrato de agencia.

Terminación de un agente en el extranjero

Así como la comprensión del contrato de agencia es diversa dependiendo de las costumbres mercantiles y legislación aplicable en el territorio donde se ha llevado a cabo la operación mercantil, la terminación del contrato de agencia no es un punto en que difiera de esta lógica.

De acuerdo a la normativa norteamericana no se considera una protección especial que garantice potenciales indemnizaciones a los agentes comerciales en caso de terminación de sus contratos de manera anticipada, a excepción de la aplicación de la "Automobile Dealers Act de 1956, 15 U.S.C.A. §§ 1221-1225", que establece un estatuto de protección especial para los agentes comerciales en el rubro automotriz[17].

La Union Europea, por su parte, establece en la Directiva 86/653/CEE, antes indicada, indemnizaciones respecto de los agentes comerciales bajo las siguientes hipótesis:

a) Indemnización respecto de clientela:

Esta deberá ser calculada de forma tal que no exceda una cifra equivalente a la indemnización anual de las remuneraciones, basada en un promedio de aquellas percibidas por el agente en un plazo de 5 años. Si el contrato de agencia tuviera una duración inferior, será calculada desde la media de dicho período.

Además, se pagará esta indemnización sólo si se cumplen las condiciones siguientes:

[16] Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, publicada en el Diario Oficial N° L 382 de 31/12/1986, página 0018. Artículo octavo.

[17] Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*. Cuarta Edición, Foundation Press, 2010, página 326.

1. Que el agente comercial hubiere aportado nuevos clientes al empresario y hubiere desarrollado sensiblemente las operaciones con los clientes existentes, reportando ventajas sustanciales al empresario.

2. Que el pago de dicha indemnización fuere equitativo.

b) Indemnización de perjuicios:

Para que proceda la indemnización de perjuicios por parte del agente comercial europeo en contra del comitente, deberá surgir de la terminación de la relación comercial entre las partes alguna de las siguientes condiciones:[18]

1. Que priven al agente comercial de las comisiones de las que hubiera podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato a la vez que le hubiese facilitado al comitente beneficios sustanciales debidos a la actividad del agente comercial

2. y/o que no hayan permitido al agente comercial amortizar los gastos que hubiere realizado para la ejecución del contrato aconsejado por el empresario.

No procederá indemnización alguna de acuerdo al artículo 18 de la Directiva en comento en los casos siguientes:[19]

Cuando el empresario haya puesto fin al contrato por un incumplimiento imputable al agente comercial que, en virtud de la legislación nacional, justificare la terminación del contrato sin preaviso:

a) Cuando el agente comercial haya puesto fin al contrato, a menos que esta terminación estuviere justificada por circunstancias atribuibles al empresario o por la edad, invalidez o enfermedad del agente comercial, circunstancias por las que ya no se pueda exigir razonablemente la continuidad de sus actividades;

b) Cuando, en virtud de pacto con el empresario, el agente comercial ceda a un tercero los derechos y obligaciones de que es titular en virtud del contrato de agencia.

[18] Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, publicada en el Diario Oficial N° L 382 de 31/12/1986 página 0018. Artículo diecisiete.

[19] Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, publicada en el Diario Oficial N° L 382 de 31/12/1986 página 0018. Artículo dieciocho.

Normativa española

El contrato de agencia fue regulado en la legislación española por medio de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, y complementada por el Real Decreto 330/1999. Ambas normas son el cumplimiento de la obligación de incorporar la Directiva 86/653/ de la Unión Europea en lo referente a esta forma contractual.

Al igual que en el caso de la normativa general de la Unión Europea, la figura española es altamente protectora del agente respecto del comitente, generando una serie de variables que pueden implicar un importante riesgo económico para éste.

Dentro de las características especiales que reviste este contrato en España es posible destacar entre otras las siguientes[20]:

a) Sólo puede obtener la calidad de agente un empresario independiente, negándosele dicha calidad a dependientes del comerciante, vendedores viajeros o representantes de comercio.

b) La duración del contrato puede ser indefinida, lo cual acarrea la obligación de dar un aviso previo de un mes por año de vigencia del contrato con un plazo máximo de 6 meses.

c) El establecimiento de dos clases de indemnizaciones de perjuicios: Indemnización de perjuicios por clientela e indemnización de perjuicios por daños en caso que proceda.

La figura de la indemnización de perjuicios por clientela es de suyo interesante, dado que en palabras de Alonso Soto, Pérez de la Cruz y Sánchez Andrés: "requiere que el agente haya aportado nuevos clientes al principal o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente y, además, que su actividad anterior continúa produciendo ventajas sustanciales para el empresario en cuestión y resulte equitativamente procedente debido a la pérdida de comisiones, a la existencia de un pacto de prohibición de competencia o a cualquier otra circunstancia"[21].

En el caso de la indemnización por daños y perjuicios, sólo tendrá lugar cuando el plazo de duración del contrato de agencia fuera indefinido, y que los montos percibidos no permitan al agente amortizar los gastos que haya realizado a instancias del comitente.

[20] Menendéz, Aurelio (Director); *Lecciones de Derecho Mecantil*; Editorial Thomson Civitas, Sexta Edición, España, página 631.
[21] Alonso Soto, Ricardo; Pérez de la Cruz, Antonio; Sénchez Andrés, Aníbal; "Los contratos de colaboración", en *Lecciones de Derecho Mecantil*; Editorial Thomson Civitas, Sexta Edición, España, página 634.

Conclusión

Como es posible extraer de las ideas planteadas en este artículo, el contrato de agencia, aun no siendo regulado en nuestro país, reviste especial importancia para nuestro crecimiento en el exterior, dado que permite a los comerciantes nacionales expandir el radio de comercialización de sus productos con un nivel de riesgos controlados.

Aun cuando el contrato de agencia radica las consecuencias en el comerciante o fabricante, lo cual implica riesgos directos para él, asimismo le permite mantener un grado superior de control sobre las operaciones comerciales que realice el agente que cualquier otra clase de contrato de cooperación.

Asimismo, es importante recalcar que el agente no necesariamente contará con la representación del comerciante o fabricante, sólo considerándose dicha representación implícita en el caso que no limite su actuación a la promoción de los bienes y servicios producidos por su comitente, sino que también se lo autorice a cerrar negocios a su nombre.

Finalmente, resulta necesario recalcar que antes de optar por la contratación de un agente en territorio extranjero será necesario revisar la legislación aplicable en la zona de exclusividad del agente, a fin de prevenir potenciales normas de protección, como es el caso de los Estados miembros de la Union Europea.

Bibliografía

Alonso Soto, Ricardo; Pérez de la Cruz, Antonio; Sánchez Andrés, Aníbal; "Los contratos de colaboración", en *Lecciones de Derecho Mecantil*; Editorial Thomson Civitas, Sexta Edición, España, página 634.

Baker, Kent; Anerson, Ronald; "Corporate governance: A synthesis of theory, research, and practice."; *Kolb series in finance, Essential perspectives*. 2010, United States.

Contreras Strauch, Osvaldo; *Instituciones de Derecho Comercial*, Ediciones Universidad Diego Portales, primera edición, 2004.

Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, publicada en el Diario Oficial N° L 382 de 31/12/1986, página 0018.

Gilberto Villegas, Carlos; *Contratos mercantiles y bancarios*; Tomo I: Contratos mercantiles; Edición del autor, Buenos Aires, Argentina, año 2005, primera edición.

Heinsheimer, Karl; *Derecho mercantil*; Editorial labor S.A. Barcelona, Madrid, 1933, primera edición.

Kraakman, Reinier; y otros; *The anatomy of corporate law: a comparative and funcional approach*; editorial Orxford University Press. Primera edición, 2009, Oxford, Inglaterra.

Ley española que regula el contrato de agencia número 12/1992 de 27 de mayo, artículo primero.

Menéndez, Aurelio (Director); *Lecciones de Derecho Mecantil*; Editorial Thomson Civitas, Sexta Edición, España, página 631

Moyson, French & Ryan; *Company law*; Editorial Oxford University Press, 28th edition 2011-2012.

REGLAMENTO (CE) N° 2790/1999 DE LA COMISIÓN de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Tricker, Bob; *Corporate Governance: Principles, policies, and practices*. Editorial Oxford University Press, 2009.

Vagts, Detlev; Dodge, William; Hongju Koh, Harold; *Transnational Business Problems*. Cuarta Edición, Foundation Press, 2010.

Comentarios sobre la nueva ley concursal sobre reorganizaciones y liquidaciones

Juan Esteban Puga Vial
Profesor de Derecho Comercial
Facultad de Derecho
Universidad del Desdarrollo

Resumen: el artículo propone, desde un punto de vista eminentemente crítico, la perspectiva del derecho concursal en la materia sobre la base del proyecto de ley que modifica el sistema imperante.

***

No es fácil juzgar una ley, porque tampoco es fácil medir su eficacia. Sin embargo, el diagnóstico sobre el que se construye el nuevo proyecto es parcialmente errado. El proyecto se edifica sobre la noción de que los procesos concursales en Chile son lentos –esto es, en promedio 4,5 años contra 1,7 en la OCDE–; que es ineficiente porque los márgenes de recuperación son muy inferiores al promedio de la OCDE y porque se emplea poco, esto es, en un 6% de los casos que ameritarían su recurso. Nosotros sostenemos que el problema de nuestro régimen no es, como se repite críticamente, que el procedimiento sea lento, pues no lo es; el problema es que sea un régimen *ultima ratio* y que por lo mismo no se use y que cuando se le use los resultados sean magros y proporcionalmente los costos muy altos.

La modificación en curso de la ley no se inspira desde luego en una iniciativa endógena, pues surge de la circunstancia de que el Banco Mundial por medio de su división *doing business* estimó que como promedio en Chile las quiebras duraban 4,5 años, en contraste con plazos mucho menores de otros países y en particular si se las compara con los números de la OCDE. Para quienes ejercemos en esta área sabemos que en Chile en el 95% de los casos los activos del fallido están vendidos antes del año y sus fondos repartidos también dentro del mismo período, salvo muy contadas excepciones. Este término de 4,5 años creemos, aunque no estamos ciertos, se calculó midiendo los plazos de duración desde la petición de quiebra hasta que queda aprobada la cuenta del síndico. Ese cálculo es errado, pues los síndicos dilatan dicha cuenta, pues con ello aminoraban las acciones de responsabilidad civil que sólo pueden ejercerse después de rendida esa cuenta y además en muchas quiebras quedan detalles judicializados que impiden cerrar formalmente un proceso cuya sustancia se logró hace mucho. Pero la función esencial de un proceso de liquidación, esto es, la enajenación

de los bienes y su distribución a los acreedores de su producto, se cumple en Chile en la amplia mayoría de los casos y en los más significativos muy por debajo de los términos promedios de la OCDE (1,7 años). Desde ese punto de vista, el sistema liquidatario en Chile es muy eficiente y no habría por qué cambiarlo. Esto es particularmente cierto porque una aceleración desmedida del proceso liquidatorio deprecia aun más los bienes, ya que a menor plazo de venta, menor el valor que se obtiene de las cosas vendidas, especialmente si de inmuebles hablamos[1].

Lo mismo puede decirse de los procesos de reorganización vía convenios judiciales: por regla general no toman más de tres meses en estar terminados, en contraste con lo que ocurre en otros países, en que este proceso suele tomar varios meses y hasta años[2].

El problema en Chile es otro muy distinto. Cuando el gobierno de la Presidenta Sra. Michelle Bachelet designó a la comisión redactora de una nueva ley de quiebras, a lo primero que dicha comisión se abocó fue a un análisis económico antes de entrar en el ámbito jurídico, y la primera conclusión de esa comisión fue que el sistema en Chile no era lento..., pero que virtualmente no se usaba, pues de un promedio entre el año 2005 al año 2009 de 2.600 RUT que figuraban con protestos por sobre los cien millones anuales[3], sólo se iniciaban del orden de 200 procesos concursales, esto es, una cifra cercana al 7% (entre el 2008 y el 2011 estas cifras han caído aun más). La noticia no era del todo mala, pues buena parte de las insolvencias se resuelven por entendimientos extrajudiciales de los deudores con algunos o todos sus acreedores, pero indudablemente era una mala noticia en el sentido de que el mecanismo concursal era empleado como *ultima ratio*.

A lo anterior se suma que en Chile la noción de quiebra y convenio no tiene el alcance que un observador externo podría creer, en el sentido de que la quiebra es liquidación de la empresa y el convenio su reorganización, pues muchas veces la quiebra es la fórmula para enajenar una empresa como unidad económica –esto es, para mantenerla viva– y en otras los convenios son sistemas de liquidación ordenada convencionalmente, algo así como una quiebra "contractual" cuya única función es eludir el ejercicio de la acción pe-

[1] Claro, la diferencia entre el valor comercial y el valor de liquidación de un inmueble radica en su plazo de venta.

[2] Es el caso de Estados Unidos, donde el plan original puede presentarlo el deudor dentro de 120 días prorrogables de la presentación de Chap. XI, pero que en las grandes empresas muchas veces la formulación del mismo toma años.

[3] Este umbral de los M$ 100 se estimó razonable pese a sus imperfecciones como número representativo. Razonable porque por deudas inferiores a esa suma cualquier proceso concursal podría ser un instrumento caro y desproporcionado; imperfecto, porque alguna empresa sana tiene protestos merced a estrategias negociadoras de sus acreedores y otras muy insolventes se las arreglan para nunca llegar al DICOM:

nal concursal, que requiere de la condición objetiva de punibilidad que es la declaración judicial de quiebra.

En suma, el gran problema del sistema chileno es que no se usa sino como último recurso y ello explica también los magros resultados de dichos procesos en materia de tasas de recuperación para los acreedores y de la relevancia porcentual de los costos de los mismos en relación a sus resultados. Claro, si los deudores sólo acuden *mortis causa* al proceso concursal, naturalmente que en esa instancia lo que llega son los huesos del ayunante, y si eso es así, se explica por qué los gastos relativos son tan altos, pues a menores ingresos mayor porcentaje tienen los gastos para lograr esos ingresos.

Con todo, las cifras comparativas que se emplean también nos parecen dudosas, pues no sabemos cómo se calculan y qué se considera, de forma que las comparaciones de meros resultados sin saber más no son números representativos para un análisis científico.

Hemos acudido a cuatro países que son serios en el ámbito concursal, pero muy distintos en sus planteamientos, para ilustrar un tanto nuestras opiniones. Por un extremo está el muy reconocido sistema norteamericano contenido en el Bankruptcy Code de 1978 –muy modificado por cierto– y, por el otro, el sistema español en que se inspiró el nuestro, pero modificado el año 2002 –la Ley de Concursos N° 22/2003–. Entre ambos colocamos a Colombia y Brasil, que tienen sistemas menos severos que el español.

En los Estados Unidos –que tiene una población de 308 millones de habitantes y un PIB de US$ 15.040 billones, esto es, un PIB per cápita de US$ 48.100– el año 2011 se presentaron 1.410.000 casos de quiebra[4], que en dicho país comprende también los convenios (Chap.11, 12 y 13). De entre ellos, 1.362.000 son *Non-Busines Filings*, esto es, casos de quiebras no empresariales sino personales. De entre estos, 958.634 fueron casos de liquidación (Chap. 7°) y del orden de 404.000 de reorganización, esto es, un 29%. Los *Business Filings* fueron en le mismo período 47.806 y de ellos 33.698 fueron liquidaciones (Chap. 7°) y sólo 9.772 Chap 11°, esto es, aproximadamente un 20%. Pero a esto hay que agregar que en los Estados Unidos, con números de 1992, sólo el 40% de las reorganizaciones de empresa cuyo capital es inferior a US$ 250 millones es exitoso, en tanto que un 71% lo es si su capital es superior.

En España –que tiene una población de 47.190.000 habitantes y un PIB de US$ 1.411.000 el 2011, esto es, un ingreso per cápita de US$ 30.600– los casos de

[4] En los Estados Unidos los casos se contabilizan por solicitud y no por declaraciones o aprobaciones, porque la solicitudes tanto de sistemas de liquidación como de reorganización tienen efectos procesales análogos a nuestra declaración de quiebras por el sólo ministerio de la ley (v.gr. el *automatic stay* y el surgimiento del *bankruptcy estate*).

concursos fueron 5.399 el 2009, con sólo 103 convenios registrados; 5.226 el 2010 y 6.222 el 2011. El 2° trimestre del 2012 se dio un total de 2.272, en que sólo 31 casos contenían una propuesta de quita o espera (convenio), 66 eran sociedades anónimas, 355 sociedades de responsabilidad limitada y 39 colectivas y 246 personas físicas sin actividad empresarial y 246 personas físicas empresarias. La gran mayoría de los concursos en España se aplican a las pymes (empresas con capitalización inferior a € 1.000.000, con un 90% de los casos terminando en liquidación. La gran diferencia con los Estados Unidos es que en España son rarísimos los casos de quiebras de personas físicas no empresarios.

En Brasil –con una población de 196 millones, un PIB de US$ 2.282 billones y un PIB per cápita de US$ 11.66– hubo 969 quiebras y 370 recuperaciones judiciales el año 2008; 908 quiebras y 492 recuperaciones judiciales (que son una nueva modalidad de liquidación) el año 2009; 732 quiebras y 361 recuperaciones judiciales el 2010 y 641 quiebras y 465 recuperaciones judiciales el 2011.

Colombia –con más de 47 millones de habitantes, un PIB de US$ 470.700 millones y un PIB per cápita de US$ 10.100– registra en los últimos tres años 69 concordatos, 473 reorganizaciones de empresas desde el año 2002 , 6 acuerdos de reestructuración y 30 sociedades en liquidación obligatoria.

En Chile –que tiene 17 millones de habitantes con in PIB de US$ 281.000 millones y un PIB per cápita de US$ 16.100[5]– hubo 132 quiebras el 2006, 143 el 2007, 150 el 2008, 173 el 2009 y 134 el 2010, esto es, un promedio de 146,4 quiebras al año. Esto contrasta con la circunstancia de que desde el 29.01.2006 hasta el 31.08.2012 se han presentado 45 solicitudes de convenio preventivo judicial y 32 de convenio simplemente judicial, esto es, un promedio de 13 proposiciones de convenio al año. Este bajo número representa además una disminución en los promedios del período 1998-2004.

Estas cifras nos dicen que en EE.UU. existen 0,0047 casos de concurso por habitante; en España 0,00015 casos por habitante; en Brasil un promedio de 0.0000083 casos por habitante; en Colombia, 0,0000038 casos de reorganización –no tenemos los datos de liquidaciones– por habitante, pero que se refieren en general a personas jurídicas, y en Chile 0,0000089 casos por habitante. Si Chile tuviere el PIB per cápita de EE.UU. debería tener al año 78.300 casos, pero si estimamos que el PIB chileno es 1/3 del norteamericano, esa cifra debiera ser de 25.000 casos. Si Chile tuviere el PIB per cápita de España, debiera tener al año un 36.86% de los casos que España tiene anualmente, esto es, 2.293,42 casos, pero como Chile tiene un PIB per cápita de un 52,6%

[5] Esta cifra ha sido incrementada en razón de que la población del país es menor a la proyectada, por lo que por primera vez en nuestra historia tenemos el PIB per cápita más alto de Latinoamérica

del español, debiera tener del orden de 1.192 casos al año. Brasil y Colombia tienen cifras aun inferiores.

Los cinco países representan tendencias distintas en materia de derecho concursal, que van desde el sistema más amistoso con el deudor, que está representado por EE.UU., y el sistema menos amistoso, que sin duda es el chileno. Sin embargo, EE.UU. y el resto de los países tienen otra nota diferencial, pues el primero no tiene juicio de reproche jurídico, social o ético respecto del deudor, en tanto que los demás sí lo tienen, aunque en variable intensidad: Colombia, España[6], Brasil y Chile representan graduaciones negativas hacia el deudor crecientes.

Así, en parte por cultura y en parte por régimen jurídico, en Chile el gran problema de la Ley de Quiebra es que no se usa.

Las razones de por qué no se usa creemos encontrarlas en buena parte en nuestra tradición social y jurídica en orden al enfoque que le damos al fenómeno de la insolvencia y también en razones de índole práctica. Entre las primeras está la nota infamante que socialmente tiene la insolvencia en nuestra tradición, desde que es asimilada a una suerte de fraude a los acreedores y; por otro lado, la amenaza de responsabilidades penales a quien entra al sistema formal concursal. Entre las segundas vemos que como por regla general las insolvencias atacan a las pymes –en Chile y en el resto del mundo, simplemente por un fenómeno probabilístico: son muchas más y financieramente más frágiles–, que tienen como característica que el socio y el administrador son la misma o las mismas personas, cuya fuente única de ingresos es la empresa, un sistema concursal que por el sólo hecho de entrar en él deja al socio fuera de la empresa, cesante, sin ingresos, con su crédito arruinado, etc., hace poco atractivo ingresar en él; y, por otro lado, está el espejismo de la recuperación, que normalmente embriaga a los deudores[7] y ralentiza el ingreso a un sistema de saneamiento.

El impacto negativo de estos fenómenos se explica por un fenómeno que nosotros hemos denominado de la aceleración de la pobreza, que es inherente a la insolvencia. Esta es un estado de iliquidez relativamente crónico que nada tiene que ver con las composiciones de activo y pasivo. Pero la iliquidez genera como efecto que los activos del deudor se deprecien aceleradamente, pues la urgencia por liquidarlos impacta negativamente su valor (una propiedad vale menos si hay que venderla en un mes que si se la puede vender en un año) y

[6] En España la ley del año 2003 eliminó la expresión quiebras, por su efecto infamante y atemorizante, pero el efecto social, medido al año 2009, fue nulo; en tanto que en EE.UU. tanto los procedimientos de liquidación como de reorganización se denominan quiebra (bankruptcy) y sin embargo nadie lo reputa un procedimiento infamante.

[7] Muchas veces también los acreedores alimentan este espejismo, pues para ellos no es una buena noticia que sus activos –los créditos– se deprecien, particularmente si ellos ya han sido objeto de factorizaciones, cesiones de créditos, securitizaciones, etc.

sus pasivos y costos se incrementan, pues merced de la insolvencia incurre en incumplimientos que generan sanciones civiles (indemnizaciones), sus fuentes de financiamiento devienen más caras, su acceso a nuevos negocios se ve restringido; sus servicios se ralentizan y caen en calidad, lo que además de encarecerlos aleja a los clientes, etc. Así, un patrimonio insolvente es arrastrado a un espiral de pobreza que sólo puede ser detenida por una ayuda "desde fuera" al deudor y esa ayuda es el sistema concursal.

El *quid* del defecto de los sistemas concursales que se remontan al *Code* francés de 1807 es precisamente su carácter poco amistoso con el deudor y que se sostienen en una mal fundada sospecha y suspicacia hacia él. Es cierto que por regla muy general la revocación concursal y el derecho penal concursal castigan conductas posteriores a la cesación de pagos, por lo que uno podría sostener que la insolvencia en sí no tiene reproche, pero en la realidad eso no es así. Un cambio de paradigma debe nacer de la circunstancia de reconocer que la primera víctima de la insolvencia es el deudor y dejar de lado la tesis, sostenida aun por fallos muy recientes de la Excma Corte Suprema , de que el deudor es "culpable" de ella. La culpabilidad del deudor en su insolvencia es un asunto poco relevante y quienes trabajamos en esto sabemos que en un 90% de los casos los empresarios son gente honesta y trabajadora, donde es la propia insolvencia –que constituye un verdadero callejón sin salida– la que los degrada e induce a conductas reprochables. Esta nueva visión del fenómeno, contrariamente a lo que podría pensarse, favorece antes que perjudica a los acreedores, pues cuanto más amistoso sea el sistema concursal con el deudor, antes él acudirá a él y menos degradado estará su patrimonio. En cambio, con un régimen hostil al deudor necesariamente lo alejará de él y tornará tardíos todos los procesos concursales, con las previsibles secuelas de baja recuperación y altos porcentajes de la relación costo-ingreso.

Con este cambio de paradigma se producen dos fenómenos importantes. Se elimina en lo esencial el efecto disuasivo social y penal a que nos referíamos *supra* y se introduce un elemento de buena fe que todos los comercialistas sabemos es el mejor de los negocios[8]. Pero no resuelve necesariamente los factores de índole práctica. Estos factores deben abordarse mediante instrumentos concursales eficientes, oportunos y eficaces.

Aquí nos toparemos en primer término con el inconveniente real de que la mejor solución para la mayoría de las insolvencias es la liquidación. Estadísticamente en la mayoría de los países las insolvencias, particularmente de empresas, se resuelven mediante liquidación[9]. ¿Cómo hacer atractivo a un empresario un

[8] La vieja máxima de que a mayor riesgo mayor rentabilidad vale la pena recordarla permanentemente en materia concursal

[9] En EE.UU. el año 2011 hubo un total de 47.806 solicitudes concursales, de las cuales 33.698 fueron Chap. VII, esto es, liquidación, contra 9.772 Chap XI, lo que equivale a un 20%, de forma que de cada

instrumento que lo dejará en la calle? El régimen vigente contempla lo que erradamente se denomina "alimentos para el fallido"[10], pero sólo en los casos de quiebras de personas naturales. No es fácil regular este punto, pero no cabe duda de que asegurarle al deudor o al socio-administrador del deudor una remuneración atractiva por un período limitado –v.gr. seis meses– de tiempo, es un incentivo para acudir al sistema. El otro "premio" es que en todo proceso concursal vaya implícita una extinción de los saldos insolutos, cualquiera sea la causa de la insolvencia. Los ilícitos graves del deudor deben sancionarse por una vía distinta de dejarlo endeudado sin remedio, porque por los casos excepcionales en que hay mala fe se castiga a la mayoría de los deudores, que normalmente obran de buena fe. Con este instrumento permitimos que el deudor deje de ser una carga para el concurso y además le permitimos rehacer su vida comercial y con ello estimulamos ex ante el emprendimiento de otros emprendedores. Lo que nosotros no compartimos es que se borre el historial de los deudores, pues dicha información es relevante a la hora de evaluar riesgos de crédito[11], pero sí que el deudor quede libre de deudas.

En los casos en que la empresa sea viable, el sistema de reprogramación debe ser también eficaz. Pero lo importante es eliminar el fetiche del denominado "principio de conservación de la empresa". Un proceso concursal sólo debe propender a optimizar el patrimonio del deudor y eso vale tanto para la reorganización como la liquidación, pues no existe peor negocio que mantener viva una empresa inviable. Cuando las empresas no son viables, lo que constituye la mayoría de los casos, es mal negocio para el deudor y para los acreedores intentar revivirla.

Una vez que el deudor accede al sistema, la palabra deben tenerla los acreedores, por el régimen de mayorías, porque ellos son los principales interesados –más incluso que el deudor– en la optimización del patrimonio del deudor. Pero los acreedores padecen de lo que hemos denominado las tres ignorancias: no se conocen entre ellos; no saben de verdad cómo está el patrimonio del deudor y, por último, usualmente no conocen el negocio del deudor. Esto hace que ellos no estén del todo aptos para tomar las decisiones entregados a su suerte. Este problema de coordinación lo resolvíamos en nuestro proyecto mediante la institución de un auxiliar y dependiente del juez concursal[12] con expertisaje en analizar en breve el verdadero activo y pasivo del deudor y analizar su viabilidad

cinco insolvencias, sólo una es "reorganizable". A lo anterior se suma la circunstancia de que no todos los Chap. XI llegan a un convenio.

[10] Erradamente, porque no se trata de alimentos, sino que pago con beneficio de competencia, pues estos alimentos se pagan con bienes del mismo deudor, del mismo alimentario.

[11] Tal vez aquí la solución vaya más bien por la obligatoriedad para las instituciones financieras de otorgar créditos a personas cuyo patrimonio y flujos los hacen pagaderos y que no sea pretexto para negarlo el historial concursal del peticionario.

[12] Esta dependencia jerárquica y económica del asesor tenía mucho sentido, pero no nos extenderemos sobre este punto ahora.

y en qué términos. Pero también lo resolvíamos dejando en manos del deudor la administración del negocio hasta la junta que decidía sobre si reprogramar o liquidar, gestión naturalmente sujeta a control del asesor, porque el deudor conoce mejor su negocio que los acreedores. Pero a la hora de la junta tanto el conocimiento de quiénes son los acreedores, cuál de verdad es el patrimonio del deudor y su viabilidad y cuál el manejo del negocio estarán suficientemente claros para que los acreedores tomen una decisión relativamente informada. Pero la decisión debe quedar en manos de los acreedores y en consecuencia el informe del asesor es eso: una información y una sugerencia de solución.

En lo que dice relación a los procedimientos de enajenación de los bienes, a nosotros nos acomoda el régimen actual, porque comparativamente en Chile las liquidaciones se llevan bastante rápido.

Hechas estas un tanto largas reflexiones introductorias, podemos abocarnos con más detalle al análisis del proyecto en tramitación. Y es precisamente aquí donde radica nuestra crítica esencial al proyecto.

En efecto, el proyecto tiene el gran defecto de que de verdad mantiene, respecto de las empresas, prácticamente el mismo diseño que la ley vigente[13]. Desde luego, no es más amistoso para el deudor y mantiene las mismas engorrosas exigencias para un convenio preventivo o una solicitud de propia quiebra que la ley vigente, a lo que se agrega que el proceso a instancias del acreedor será más demoroso que el actual[14] y con esa extraña referencia a que ahora cada vez que se pida una quiebra el acreedor podrá intervenir mediante un veedor a la empresa deudora (art. 118 N° 3). Sus errores siguen donde mismo y el hecho de apelar al sistema colombiano, que en las estadísticas es muy positivo pero que en la práctica adolece del mismo vicio de una prácticamente nula aplicación[15], creyendo que el problema es la velocidad del proceso y creyendo

[13] Claro, existen muchos cambios cosméticos: el síndico se pasa a llamar "liquidador" y la quiebra "proceso de liquidación" y el síndico interventor en el convenio preventivo "veedor" y el convenio "reorganización", pero sustancialmente tienen el mismo rol. La denominada protección financiera no es sustancialmente distinta a la actual de los arts.177bis, 177 ter y 177 quáter, con la diferencia de que ya no requiere apoyo de los acreedores. Los plazos se acortan casi hasta el absurdo, etc. Pero no existe un régimen que conciba el sistema concursal como un espacio de acogida para el deudor a fin de optimizar el uso de sus activos en beneficio de los acreedores. El proyecto innova en eliminar el consentimiento del deudor para procedimientos extraordinarios de enajenación, cosa que nos parece peligrosa cuando se trata de ventas directas.

[14] Claro, porque crea este sistema de la audiencia inicial, audiencia de prueba y audiencia de sentencia que contradice la buena lógica del actual sistema, cuyos defectos son otros: que aun se permita la consignación para trabar la acción y que no haya de verdad un régimen de responsabilidad civil eficiente en el caso de peticiones dolosas o negligentes.

[15] Claro, Colombia tiene más de 43.000.000 de habitantes y tiene proporcionalmente menos procesos concursales que Chile (ver portal de la Superintendencia de Sociedades de Colombia), pues registra en los últimos tres años 69 concordatos, 473 reorganizaciones de empresas desde el año 2002, 6 acuerdos de reestructuración y 30 sociedades en liquidación obligatoria. Hoy además con visos de clara inconstitucionalidad al deudor se le ofrece un repertorio limitado de defensas. Además, la inasistencia del deudor a la audiencia importa desde luego la quiebra del mismo.

que el porcentaje de recuperación responde no al poco uso, sino a la ineficiencia del proceso mismo. Naturalmente que dentro de ese cuadro, el proyecto tiene ventajas, pero también desventajas relativamente a la legislación vigente, además de múltiples defectos de técnica legislativa.

El proyecto mantiene la exigencia de acumular una ingente cantidad de información antes de que el deudor pueda gatillar el proceso, información que toma bastante tiempo reunir en términos serios (actualizar la contabilidad y luego levantar los listados de bienes y acreedores). Mantiene la consignación para evitar la quiebra, que es una contradicción brutal en un régimen concursal –única en el mundo hasta donde sabemos–; elimina el esquema típicamente ejecutivo procesal de que se inicie el proceso con meras presunciones y coloca el proceso de fondo antes de la declaración de quiebra con la previsible dilación de la entrada en vigencia del concurso. No resuelve el problema propio de toda insolvencia, que es la falta de coordinación entre los acreedores y la pésima información tanto del deudor como de los acreedores para adoptar una salida viable. Finalmente, mantiene la posibilidad de que el convenio se emplee como liquidación pactada.

Para agravar las cosas, si bien el proyecto acoge la idea de desmembrar de la ley concursal el régimen penal, lo hace injertando en el Código Penal figuras que se prestan también para atemorizar a cualquier deudor que normalmente ejecuta las conductas descritas en los nuevos arts. 463 y ss. del Código Penal, que *mutatis mutandis* son las mismas del régimen vigente –y algunas cuya imprecisión empeora las cosas, como la figura del art. 463...– como se ve en los arts. 463 A y B[16]. Luego el art. 464 A es aun más grave, porque muchas veces comprometerá a los auditores, contadores y abogados del deudor, todos sujetos además a un juicio *ex post*. Innova el proyecto en el sentido de que la reorganización "preventiva" ya no implica impunidad, pero eso hará todavía menos amistoso el sistema para los deudores, aunque naturalmente evitará que el convenio se emplee como coraza contra la calificación concursal.

Finalmente esto de entregar la iniciativa de la acción penal al veedor o liquidador se presta para convertir a este funcionario u órgano concursal en un espolón de los acreedores contra el deudor, lo que naturalmente incidirá en las relaciones que se gesten entre estos y el deudor.

[16] Claro, es corriente que los deudores demoren la denuncia de su insolvencia; es corriente que la contabilidad esté desordenada y tenga algunos balances "maquillados para que los bancos no les cierren las líneas o no les aceleren créditos; es corriente que incurran en operaciones ruinosas (v.gr. los factorings "informales" son típicamente ruinosos, pues contemplan tasas y retenciones que implican costos financieros dos y hasta cinco veces mayores que en el sistema formal. Pero si estas conductas son sancionadas post manifestación de insolvencia, lo más probable es que los deudores dilaten más aún su apertura y sinceramiento. El régimen actual se comporta como el sistema de la *Paideia* espartana: enseñaba a los niños a robar, pero los castigaba si eran sorprendidos. El insolvente es un enfermo sobreviviente y es malo hacerle juicios por hacer lo que casi todo el mundo hace en ese estado.

Lo mismo, lo relativo a los acuerdos reparatorios es delicado, porque para cada acreedor el perjuicio derivado del delito es distinto. Pero el proyecto nuevamente parece ver en la insolvencia el delito, lo que claramente no lo es. En efecto, el acreedor anterior a la cesación de pagos que no es pagado por el deudor no sufre el mismo perjuicio que el acreedor que le prestó al deudor estando éste en cesación de pagos, porque al primero sufre un perjuicio que no deriva del retraso del deudor en solicitar su quiebra, en circunstancias que el segundo sí. El perjuicio civil del delito penal no se identifica con las deudas del deudor, sino con el daño derivado del delito específico.

El acuerdo de reorganización simplificado es uno de los grandes aportes del proyecto, aunque debiera obviarse la exigencia de que lo apoyen 2/3 de los acreedores y el fenómeno de la impugnación por categorías, pues el plan es uno solo.

Lo que es positivo, pese a defectos en su concepción, es que por fin en Chile se hace diferencia entre un proceso concursal para empresas y un proceso concursal para consumidores. Los primeros propenden a simplemente a restablecer el crédito de personas naturales insolventes que no constituyen empresas, sino deudas de consumo. Los segundos se refieren a unidades productivas. La distinción legal no nos acomoda, empero. Son empresas desde luego todas las personas jurídicas y las persona naturales que declaran rentas en primera categoría. Todos los demás deudores debieran ser sujetos de un procedimiento especial, salvo que ellos se acojan a un procedimiento de reorganización empresarial. Nosotros de hecho somos partidarios de eliminar de la ley a los deudores consumidores.

Lo que de todas formas no nos gusta es la extensión de la intervención de la Superintendencia de Quiebras en materia de procesos concursales.

No podemos extendernos más en cada uno de los defectos técnicos del proyecto, porque se excedería muchísimo este texto dada la extensión de la ley. Nuestra crítica en todo caso no apunta a detalles, sino que a la concepción misma que inspira el proyecto, que no es sino un intento, no siempre logrado, de perfeccionar un régimen esencialmente mal orientado.

El impacto del riesgo derivado de avances científicos y tecnológicos en el derecho de la responsabilidad civil en Francia: evolución y algunas ilustraciones (antenas, conflictos de vecindad, hepatitis, etc.)

Renzo Munita Marambio[1]
Magíster y Doctorando en Derecho Privado
Universidad Pierre Mendès France, Grenoble 2, Francia
Profesor Becario de Derecho Civil
Universidad del Desarrollo
Becario Programa Becas-Chile, CONICYT.

Resumen: El riesgo, uno de los fundamentos de la responsabilidad en el Derecho Civil francés, no ha cesado de motivar evoluciones en la ciencia jurídica del indicado país. Si bien el maquinismo y la industria fueron los motores de la reconocida responsabilidad objetiva por hecho de las cosas del art. 1384 inciso 1° del CODE, hoy dicha figura parece no abarcar totalmente el fenómeno riesgoso, atacado tenazmente por algunos con la bandera del principio de precaución, y cubierto por los avances científicos y las nuevas tecnologías. Es así como el hecho generador, el daño y el vínculo de causalidad han experimentado notables desarrollos. En efecto, nuevos regímenes especiales y objetivos de responsabilidad han visto la luz en diversos dominios, entre otros: productos defectuosos, responsabilidad médica (infecciones intrahospitalarias y defectos en productos de salud), daños al medio ambiente, energía nuclear. El daño, por su parte, ha reconocido nuevas especies jurisprudenciales, a saber: perjuicio ecológico por derrames, perjuicio de angustia a consecuencia de la exposición al asbesto, o por los eventuales daños derivados de la cercanía de antenas de telefonía móvil (alterándose con ello la clásica noción de problemas de vecindad), llegando incluso a reconocerse el "riesgo de daño" como una figura jurídica defendible. El confuso terreno de la causalidad no ha sido invulnerable y las evoluciones se han asimismo manifestado. Así, la siempre confusa prueba del vínculo causal ha cedido frente a presunciones legales y de hecho. Las primeras, básicamente en el terreno de la salud pública: transfusiones

[1] Agradezco al profesor Bruno Caprile B. por el tiempo dedicado a la revisión de este trabajo y por sus valiosas orientaciones. Agradezco, asimismo, al profesor Etienne Vergès, por sus consejos relativos a la elaboración del plan de investigación, y orientaciones generales.
Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

sanguíneas y SIDA-Hepatitis C, y las segundas, bajo la premisa de presunciones graves, precisas y concordantes retenidas por el juez en el dominio de vacunas y Hepatitis B-esclerosis en placas, o daños derivados a consecuencia de la proximidad de líneas de alta tensión. En fin, el riesgo es pieza fundamental del Derecho de la Responsabilidad en Francia, y una herramienta de la cual dispone la ciencia jurídica para adecuar los cambios sociológicos a un marco legal justo.

***

Introducción

1. **Los derechos primitivos**[2] se caracterizaron, en materia de responsabilidad civil, por la indiferencia al comportamiento del agente, esto es, negligente o no, a la época del reclamo de una indemnización o de la venganza propiamente tal. Más adelante, el **Derecho Romano**[3], evolucionando a su turno, consagró los llamados delitos nominados, especies de *torts* (adoptando una terminología propia del derecho anglosajón[4]), los que traducidos en ciertos eventos demostrativos de un actuar negligente, y previa verificación, permitían comprometer la responsabilidad del sujeto, pero no llegando a reconocer un principio general de responsabilidad fundado en la culpa. Así, no es sino en el **Derecho Antiguo**, es decir, previo al Código de Napoleón, cuando emerge dicho principio. En efecto, el CODE de 1804, texto normativo fundamental para las codificaciones decimonónicas, **fue redactado bajo una clara inspiración subjetiva.** Dicha concepción, recibida de la sistematización efectuada por Domat[5], propia del influjo de la moral cristiana y de textos canonistas, **sujetaban al sistema de responsabilidad civil a la verificación de la culpa del agente, enmarcados dentro de un concepto de justicia conmutativa.** Así, el comentado sistema se definió como un régimen jurídico basado exclusivamente en las consecuencias dañosas **del actuar libre del individuo –en su voluntad– bajo las premisas de obligación y de transgresión**[6]. Por consiguiente, los textos del Código Civil de 1804, se cimentaron sobre el denominado **principio general de responsabilidad por culpa**, así desprendido de los artículos **1382**[7] **y 1383**[8] del texto en comento.

---

[2] En este sentido, R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 9e éd., Dalloz, Paris, 2010, N° 219.

[3] En este sentido, R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essais d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Arthur Rousseau, Paris, 1897, p. 4.

[4] Sin perjuicio de lo indicado, el origen del vocablo es propio del idioma francés. Tort: Fait d'agir injustement contre quelqu'un (hecho de actuar injustamente contra alguien), *Le Robert de poche*, 2010, p. 720.

[5] Ver J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1.II, t. 8, sect. IV, art. 2.

[6] J. L. GAZZANIGA, *"Note sur l'histoire de la faute"*, Revue Droits, 1987, p. 17.

[7] *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*

[8] *"Chacun est responsable du dommage qu'il a cause non seulement par son fait, mais encore par sa négligence, ou par son imprudence".*

2. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando **en rigor la culpa sigue ocupando un importante lugar en el derecho de la responsabilidad civil en Francia**[9], y en la literatura de los siglos XIX y XX encontramos importantes voces que la han defendido tenazmente[10], su **dominio sin contrapeso no alcanzó a cumplir cien años, y en consecuencia, su campo de acción se ha visto considerablemente disminuido.** En efecto, la reducción del dominio de la culpa en el escenario de la responsabilidad extracontractual fue básicamente motivada por un radical cambio de reflexión del derecho. **Dicho cambio de reflexión no es otra cosa que el reconocimiento doctrinario y jurisprudencial del riesgo como fundamento de la responsabilidad.** Así, antes bajo el imperio exclusivo de la culpa, la prueba de la negligencia era requisito *sine qua non* para activar el sistema de responsabilidad civil, después, bajo el imperio del riesgo, la mecánica del régimen fue centrada en la víctima y las consecuencias dañosas de un actuar no necesariamente culposo, el que bien puede ser incluso lícito. Lo anterior, principalmente en razón **de las lógicas dificultades a que se enfrentaban las víctimas para probar el actuar culposo, cuando el daño provenía de una máquina o de la industria (en sentido amplio), lo que en los hechos había convertido a la reparación en un objetivo jurídico irrealizable.**

3. Pues bien, hoy el riesgo representa uno de los pilares de la responsabilidad en el Derecho Civil francés. En este sentido, el presente trabajo tiene por objeto exponer el desarrollo que ha experimentado el fenómeno riesgoso, el cual indudablemente ha ido de la mano con los nuevos descubrimientos de la ciencia y el progreso tecnológico. Por otro lado, dicho desarrollo no puede limitarse a un artículo**. Es por lo anterior que, en una primera parte, nos referiremos a una visión de conjunto del mencionado proceso evolutivo francés (I);** para luego abordar **el tratamiento que recibe el riesgo en Francia, a través de algunas ilustraciones jurisprudenciales (II).**

I. La evolución del riesgo en Francia: una visión panorámica

4. Las principales claves del desarrollo del riesgo en Francia deben sus resultados a las consecuencias de la denominada *teoría del riesgo*. La mencionada postura no tan solo presentó la fuerza para plasmar de objetividad al CODE **–en virtud de la reconocida responsabilidad general por el hecho de las cosas, del artículo 1384 inciso 1°**[11]– sino también para motivar

[9] *La noción de culpa es tan consustancial a nuestra civilización que es difícil de evacuarla: ¡atrapada la culpa ella vuelve galopando!* Ph. le TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, Dalloz Action, 2010, N° 32.

[10] Ver, entre otros, H. MAZEAUD, *"Essai de classification des obligations"*, RTD civ N° 40, *"La faute objective et la responsabilité sans faute"*, Recueil Dalloz 1985, crónica, p. 13.

[11] *«On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde»*.

una profusa creación legislativa, especial y objetiva, que tuvo lugar a partir de finales del siglo XIX, cuya efectividad se encuentra hoy en tela de juicio **(A)**. Sin perjuicio de lo anterior, el riesgo ha sido el impulso de una **responsabilidad de naturaleza colectiva**, la que, opuesta a la tradicional responsabilidad individual, ha impactado el Derecho de la Responsabilidad, reconociéndose por la doctrina la recepción jurisprudencial de una verdadera "*ideología de la reparación*"[12] **(B)**. Por último, la incertidumbre científica respecto de riesgos graves e hipotéticos, que de concretarse provocarían daños graves e irreversibles, ha permitido que los defensores del **principio de la precaución** en sede de responsabilidad civil ocupen una plaza importante de la actualidad jurídica francesa **(C)**.

A. La teoría del riesgo, su dimensión positiva bajo cuestionamientos

5. La teoría del riesgo ha motivado la reflexión jurídica desde el prisma de la objetividad. Dicha forma de razonar el Derecho fue impregnada tanto a partir de la interpretación (art. 1384 inciso 1° del CODE) como en la producción de leyes representativas de una responsabilidad civil especial y sin culpa **(a)**. De esta manera, se ha conformado un variado "*derecho de delitos especiales*"[13] que hoy, siendo objeto de duras críticas **(b)**, su reproducción bien podría ser impactada con una nueva presunción general de responsabilidad **(c)**.

a. Un impulso a la legislación y a la interpretación

6. La llegada de la explosión industrial y del maquinismo a mayor escala propio del siglo XIX no tan sólo generó avances económicos y sociales, **también acarreó una multiplicación de accidentes, cuya irreparabilidad producto de la tediosa prueba de la culpa demostró un palpable vacío,** frente al cual ni la doctrina ni la jurisprudencia podían permanecer en la indolencia. Así, la sociedad materialmente desarrollada reclamaba un progreso equivalente en la ciencia jurídica, el cual no tardó en llegar. Lo expuesto motivó a destacados autores, entre otros[14] a **R. Saleilles[15] y a L. Josserand[16]**, a elaborar la denominada **teoría del riesgo.** En síntesis, conceptos como **riesgo profesional**, y los de **riesgo creado** y **riesgo beneficio**, permitieron sustentar esta corriente doctrinaria, que fundada en criterios de justicia distributiva, sentó en esencia las bases de una colectivización del riesgo bajo un criterio de solidaridad. Es así como en virtud de la referida teoría **la responsabilidad debe recaer en**

[12] Ver. L. CADIET, «*Les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation*», *en Mélanges en honor de P. Drai*, Dalloz, Paris, 1999, pp. 495 s.
[13] Ph. le TOURNEAU, op. cit., N° 8054.
[14] Por ejemplo, M. SAUZET, "*De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels" Revue critique 1883*, por L. MAZEAUD, *La responsabilité des professionnels exploitants une activité a risque*, Tesis, Toulousse, 2010, p. 109.
[15] R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.
[16] L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.

quien está a la cabeza del riesgo, o se beneficia del mismo, liberando a la víctima de la tediosa prueba de la culpa. En definitiva, se dio origen a una responsabilidad objetiva, que a partir de la constatación material del daño identifica al responsable sancionándolo.

7. El derecho positivo se vio inmediatamente impactado por el riesgo. **La primera gran evolución se tradujo en la consagración de la denominada responsabilidad general por el hecho de las cosas.** En un comienzo el CODE comprendió exclusivamente dos especies de responsabilidades especiales por el hecho de las cosas: animales (1385[17]) y la ruina de un edificio (1386[18]). **Por su parte, el artículo 1384 inciso 1°, era tan sólo considerado como una disposición de transición que cumplía un rol de anuncio de los dos artículos siguientes.** Luego, la víctima de una explosión de una máquina o del choque de un tren, por ejemplo, no podía perseguir una reparación sino mediante la prueba de la culpa del autor del daño. La situación antes descrita motivó a que parte de la doctrina se entregara a la idea del establecimiento de una responsabilidad general por el hecho de las cosas. **En los hechos, la Corte de Casación observó sus planteamientos, y declaró en materia de accidentes del trabajo *(TEFFAINE)*[19],** la responsabilidad del empresario, en razón a la explosión de una máquina vapor que había causado la muerte de un mecánico, producto de un vicio de construcción que no tenía manera de conocer. **Finalmente, la consagración definitiva de la figura jurídica arribó en virtud de otra gran sentencia *(JAND`HEUR)*[20]** en la que se retuvo la responsabilidad objetiva del conductor de un automóvil, por el atropello causado a un peatón. Hacemos presente que la importancia de estas dos sentencias es enorme, pues la primera consagra esta especie de responsabilidad sin culpa, y la segunda, incorpora una noción amplia de cosa, así como el carácter vinculatorio a la guarda de la cosa más que a la cosa misma. Su trascendencia es radical, **pues desde ese momento, el agente que se enfrente a un tal escenario podrá liberarse totalmente de su responsabilidad, sólo mediante la prueba de la causa extraña, esto es: caso fortuito, hecho de la víctima o el hecho de un tercero, siempre que comprenda los requisitos de la fuerza mayor: imprevisibilidad e irresistibilidad.**

8. En términos simples para que opere la responsabilidad general por el hecho de las cosas, tres condiciones son necesarias: **primero, la existencia de una cosa susceptible de apropiación; segundo, que temporalmen-**

[17] *Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.*

[18] *Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.*

[19] Casación, civil, 16.06.1896, *DP* 1897, I, 433, nota R. SALEILLES.

[20] Casación, cámaras reunidas, 13.02.1930, D., 1930, 1, p. 57; S., 1930, 1, p. 121, nota P. ESMEIN.

Revista ACTUALIDAD IURIDICA N° 27 - Enero 2013 Universidad del Desarrollo

te se encuentre al origen del daño; y tercero, que comprometa la responsabilidad de quien la tiene bajo su guarda, es decir, quien efectivamente presenta un poder de uso, control y dirección de la cosa, sea en carácter de propietario, sea en carácter de guardián provisorio. La exoneración depende de la prueba de una causa extraña o que la cosa no ha cumplido más que un rol pasivo en la producción del daño, tanto respecto de su ubicación normal, cuanto de su comportamiento[21]. Su ausencia de culpa no es prueba suficiente.

9. Por otro lado, la evolución de las sociedades, de la ciencia y de la tecnología han impulsado a que la ciencia jurídica francesa encuentre en el **riesgo el fundamento de una diversidad de leyes derogatorias del principio de la responsabilidad general por el hecho de las cosas.** Por ejemplo, entre otras[22] la ley de 9 de abril de 1898, relativa a los accidentes del trabajo, la cual dispone que la carga de la indemnización pesa esencialmente sobre el empleador, pues él obtiene beneficio de la actividad de los asalariados. Más recientemente, la ley de 5 de julio de 1985, la cual instauró un régimen de indemnización automática respecto de los accidentes de circulación, o la misma ley de 19 de mayo de 1998 aplicable a las víctimas de accidentes de productos defectuosos, hoy incorporada en los artículos 1386 y siguientes del CODE. Apreciamos que tal como sucedió con la culpa en su momento, el terreno de acción del referido principio se ha limitado, y prácticamente se aplicaría a los *"daños de la vida corriente y a los accidentes de trasporte ferroviario"*[23]. **Lo anterior ha motivado al profesor J.-S. BORGHETTI[24] a cuestionar el interés por continuar cobijando este principio. Hacemos presente, que su planteamiento fue inmediatamente contestado por el también destacado jurista Ph. BRUN[25]. Además, el importante proyecto CATALA lo considera expresamente en su artículo 1354[26], entendiéndolo en definitiva como un instrumento eficaz para la protección de las víctimas.**

---

[21] A modo de ilustración. Una persona que salía de su vehículo estacionado en el parking de un centro comercial se golpeó contra un muro de concreto que se encontraba en el camino hacia la entrada del establecimiento. A consecuencia del impacto, la víctima calló y se lesionó. Recurrió en responsabilidad contra el centro comercial, bajo el fundamento de la responsabilidad por el hecho de las cosas del artículo 1384 inciso 1°. Los jueces de fondo rechazaron su pretensión, pues la víctima no demostró que el muro había cumplido un rol activo en la producción de daño. La Corte de Casación, a su turno, confirmó el criterio, estableciendo: *"el muro de concreto, cosa inerte, no estaba ubicado en una posición anormal y no había jugado ningún rol activo en la caída de la víctima"*. Casación, 2da civil, 29 marzo 2012, N° 10/27553.

[22] Ver Ph. LE TOURNEAU, op. cit. N° 8052.

[23] L. GRYNBAUM, Répertoire du Droit Civil Dalloz, *La Responsabilité du fait de choses inanimées*, N° 7.

[24] J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps*, RTD Civ. 2010 pp. 1y ss.

[25] Ph. BRUN, *De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses. Et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations.* RTD civ. 2010 pp. 487 y ss.

[26] *On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses que l'on a sous sa garde.*

10. Así, nuevos riesgos sustentan nuevas leyes de corte objetivo, configurándose luego un verdadero catálogo de eventos o de delitos especiales, como indicamos, que una vez verificados otorgan al agraviado un inmediato derecho a la indemnización, diversificándose en consecuencia los hechos generadores de responsabilidad, bajo un estricto criterio de especialidad. Lo previo, ubica al comentado proceso legislativo bajo análisis.

b. Críticas a la multiplicación del hecho generador de responsabilidad

11. **La natural multiplicación del hecho generador de responsabilidad ha dejado a su paso duras críticas[27] y, asimismo, a interesantes propuestas[28].** Paradójicamente, uno de los cuestionamientos doctrinarios corresponde a la injusticia irrogada a las víctimas. En efecto, se aprecia que los **regímenes particulares o especiales de responsabilidad son más favorables que las disposiciones del Código Civil,** constituyendo ello una primera causa de arbitrariedad, en cuanto al derecho de reparación que asiste a los agraviados que no se enmarcan plenamente en alguno de los supuestos normativos de esos regímenes especiales. **Incluso el perjuicio reparable es tratado de manera disímil por las normativas especiales, lo cual significaría otro foco de desigualdad.** Destacamos, a modo de ejemplo, que el régimen de indemnización establecido para los riesgos tecnológicos[29] establece un tope de reparación y no considera la reparación del perjuicio corporal, mientras que el régimen de explotación de aeronaves[30] y de teleféricos[31] no considera ni tope ni limitación a la reparación del perjuicio corporal. **Es más, las víctimas pueden verse afectadas incluso por la total privación de la indemnización en el supuesto de ubicarse en un ángulo muerto[32] del régimen especial.** Lo expuesto es claramente manifestado por el destacado profesor Ph. LE TOURNEAU, quien manifiesta que *"el método adoptado en Francia torna al Derecho cada vez más complicado e injusto, creando querellas de fronteras y litigios innumerables sobre los términos propios que cada una de estas leyes utilizan, interpretadas con una sutilidad que confina a menudo a un bizantinismo"*.[33]

12. **El desorden en la legislación es otro de los cuestionamientos que considera la doctrina.** Pareciera que Francia, que *"había querido una legislación clara, completa, lo suficientemente precisa, armoniosamente organizada, no es*

[27] Ph. Le TOURNEAU, Répertoire du Droit Civil Dalloz, *Responsabilité (en général)*, 2012, N°221.
[28] L. GRYNBAUM, op.cit., N°s 24-34; Ph. Le TOURNEAU, *Répertoire du Droit Civil Dalloz*, op. cit, N° 233-269.
[29] Ley de 30 de Julio de 2003 sobre prevención de riesgos tecnológicos y naturales y prevención de estos daños. Actualmente incorporada en el Código de Seguros en los artículos L. 128-1 y ss.
[30] Ley de 31 de mayo de 1924.
[31] Ley de 08 de Julio de 1941.
[32] Por ejemplo, el rechazo de permitir a la víctima de un accidente laboral actuar contra el Fondo de Garantía pertinente (ver infra N°28), aun cuando el accidente se produjo a consecuencia de la culpa intencional de otro trabajador, presentando el carácter material de una infracción penal. En el sentido indicado, Casación, 2ª civil, 07 febrero 2008, N° 07-10.838, por L. MAZEAU N° 359.
[33] Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, op. cit., N° 90.

más que un derecho fragmentario, compuesto por trozos, complicado y empañado por numerosas lagunas"[34]. Luego, pareciera necesario regresar a la aplicación de máximas generales, las que, justificadas por J. PORTALIS a la época de la redacción del CODE, cautivan por su poder de garantía de evolución del derecho. El célebre codificador enseñó: "*El oficio de las leyes es de fijar, a grandes rasgos, las máximas generales del derecho; de establecer principios fecundos y sus consecuencias, y no descender en el detalle de las preguntas que pueden nacer en cada materia. Corresponde a los magistrados y a los jurisconsultos, imbuidos en el espíritu general de las leyes, dirigir su aplicación*"[35].

13. **El tiempo de reformas en el que vivimos no ha dejado de lado este punto. En efecto, la defensa de criterios generales constituye pieza importante del reconocido "Ante-Proyecto de reforma del Derecho de las obligaciones y de la prescripción", o también denominado proyecto CATALA, en honor a quien presidiera el comité de redacción, el profesor Pierre CATALA.**

c. Por una presunción general de responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas

14. **El denominado proyecto CATALA comprende el establecimiento de un nuevo caso de responsabilidad general sin culpa u objetiva (art. 1362)**. Dicha figura presenta vocación a adecuarse a los riesgos que el siglo XXI ha puesto en marcha. La responsabilidad de pleno derecho recae sobre el explotante de una actividad anormalmente peligrosa, por los daños ligados a esta actividad. El indicado artículo 1362 ordena: "*Sin perjuicio de las disposiciones especiales, el explotante de una actividad anormalmente peligrosa, aun lícita, es obligado a reparar los daños consecutivos a esta actividad. Es considerada como anormalmente peligrosa una actividad que crea un riesgo de daño grave pudiendo afectar un gran número de personas simultáneamente. El explotante no puede exonerarse sino estableciendo la existencia de culpa de la víctima en las condiciones previstas por los artículos 1349-1351-1*[36]".

15. **La primera institución que reaccionó frente al régimen que nos proponemos analizar fue la Corte de Casación,** la que en virtud de un

[34] Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats,* op. cit., N° 80.

[35] Discurso preliminar pronunciado por J. PORTALIS ante el Consejo de Estado durante la presentación del Code Civil, en *Naissance du Code civil,* prólogo de François Ewald, Flammarion, 2004, por A. LEMARIÉ, *La force majeure en droit du contrat de transport maritime de marchandises,* Facultad de Derecho y de Ciencia Política de Aix-Marseille, 2007, p. 5.

[36] **La exoneración será total** si la culpa de la víctima presenta los caracteres de la fuerza mayor (imprevisibilidad e irresistibilidad) (artículo 1349), **mientras que será parcial**, cuando la culpa de la víctima haya concurrido con la producción del daño (naturalmente sin uno o ambos caracteres de la fuerza mayor), mientras que en caso de agravio a la integridad física, sólo la culpa grave de la víctima, podrá permitir una liberación parcial de responsabilidad al agente (art. 1351).

grupo de trabajo dirigido por el profesor Sargos manifestó: *"El grupo estima mayoritariamente que esta responsabilidad específica por el hecho de las actividades peligrosas corresponde a una necesidad y aprobamos el principio"*[37]. Agregamos que es digna de destacar la propuesta de desarrollo normativo expresada en el párrafo anterior. Pues obedece a un esfuerzo de la doctrina francesa por adecuarse a los lineamientos de diversos e influyentes ordenamientos jurídicos presentes en el mundo. Lo mencionado ha motivado a expresar que la responsabilidad general por actividades anormalmente peligrosas, del proyecto Catalá, significa: *"que ella acerca al derecho francés a la mayor parte de los derechos de países vecinos"*[38]. Agregamos, de hecho, que diversos estados –vecinos y no tanto– cuentan con el recurso a esta especie de responsabilidad objetiva, similar a lo menos en espíritu. En este sentido, diversas legislaciones tributarias tanto del *common law* como del *civil law*.

16. **En cuanto al *common law*, o Derecho Común de inspiración consuetudinaria,** Inglaterra ha observado reflexiones doctrinarias de esta naturaleza tanto en la *Law Commission*[39], como en la *Commission Pearson*[40], así como jurisprudenciales[41], aun cuando, posteriormente, el mencionado país adoptó una posición similar a Francia, en virtud de la incorporación de cuerpos legislativos objetivos y particulares. Sin perjuicio de lo anterior, la responsabilidad objetiva consagrada por la mencionada sentencia traspasó fronteras impregnando a USA, exponente de la misma inspiración jurídica, caracteres de objetividad. Luego, Estados Unidos reconoce el principio general de responsabilidad por actividades riesgosas, tanto en el *Primer*[42] como en el *Segundo*[43] *Restatement of the Law of Torts*. Estos últimos cuerpos doctrinarios que, al menos en parte, bajo iluminación de la referida sentencia inglesa, establecen a la *strict liability* como criterio a seguir en este capítulo. Mencionamos que la observación de la objetividad se ha verificado en una treintena de jurisdicciones en los Estados Unidos. **Por su parte, importantes países herederos del *civil law*** también han comprendido la presunción

[37] Informe del grupo de trabajo de la Corte de Casación, sobre el ante-proyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción, 15 de junio de 2007, N° 72.

[38] Ante-proyecto de reforma del derecho de las obligaciones y del derecho de la prescripción, informe dirigido al Ministro de Justicia Francés Sr. P. CLÉMENT, 22 de septiembre de 2005, Sous-titre III – *De la Responsabilité Civile* – Exposición de motivos por G. VINEY, p. 148.

[39] Law Commission on civil liabilities for dangerous things activities, Report N° 32, House of Commons Paper, 142, London, 1970, HMSO.

[40] Royal Commission on civil liability and compensation for personal injury, Report presented to parliament by command of Her Majesty, v.I, London, 1978, HMSO.

[41] A partir del criterio objetivo de responsabilidad reconocido por la sentencia "Rylands vs Fletcher". Ver sobre este punto: H. KOZIOL, B. C. STEININGER, *Rylands vs Fletcher and the emergence of the Enterprise Liability in the Common*, en *Law Torts and Insurance, Law Yearbook, European Law Tort*, 2004.

[42] The first Restatement of the Law Records, ALI 04.001, Biddle Law Library, University of Pennsylvania Law School, Philadelphia, PA.

[43] Second Restatement of the Law of Torts. St. Paul MN: American Law Institute 1965-1979.

comentada en sus ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, México[44], Italia[45], Portugal[46], cuentan con ella en sus derechos particulares. El caso de Colombia es interesante, pues la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del artículo 2356[47] del Código Civil colombiano (idéntico al artículo 2329 del Código Civil chileno) ha establecido un régimen objetivo de responsabilidad por actividades peligrosas[48].

17. Asimismo, el Derecho Europeo, en su rol por armonizar las legislaciones internas de los Estados miembros (el que propone incluso la redacción de un Código Civil Continental), ha reconocido expresamente el recurso a la responsabilidad por actividades anormalmente peligrosas en los denominados **Principios Europeos de Responsabilidad Civil**[49]. Lo anterior nos permite colegir el interés que se palpa en el viejo continente por discutir a escala comunitaria la formulación de una presunción como la señalada. **Prueba de lo anterior lo demuestran, por ejemplo, los proyectos de revisión de responsabilidad civil en Austria**[50] **y Turquía**[51]**.**

---

[44] *"Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima".*

[45] *"Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un' attività pericolosa , per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno".*

[46] *"2. Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstancias com o fin de os prevenir".*

[47] *"Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino".*

[48] F. MANTILLA E. y F. TERNERA B., "La interpretación contra legem del artículo 2356 del Código Civil colombiano", en *Temas de responsabilidad civil, Cuadernos de Análisis Jurídico*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, p. 211-249; *"La "culpa" en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano"*, en *Revista de responsabilidad civil y seguros*, N°. XII. Ed. La ley, Buenos Aires, 2006, pp. 125-137; y F. MANTILLA E., "El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano", en *Reformas en el Derecho Civil Francés y perspectivas para el Derecho chileno*, Separata Revista N° 16, *Revista Actualidad Jurídica*, 2007, pp. 35-52, por B. CAPRILE B. en *"Hechos Jurídicos"*, Revista Actualidad Jurídica, Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo Santiago-Concepción, N° 22, 2010, pp. 457 y ss., cita N° 75.

[49] www.egtl.org.

[50] Según la proposición austriaca, la expresión « *Quellen hoher Gefahr "(artículo 1302 del proyecto)* comprendería no solamente los peligros excepcionales y graves, sino igualmente los riesgos representativos de fuentes de daños frecuentes («*Risiko häufiger Schäden*»), por W. van BOOM, A. PINNA, *Le droit de la responsabilité civile de demain en Europe. Questions choisies*, Publiée dans Bénédict Winiger (ed.), La responsabilité civile européenne de demain – Projets de révision nationaux et principes européens (Colloque international à l'Université de Genève), Genève: Schulthess 2008, p. 268.

[51] La incorporación de riesgos de daños frecuentes es también prevista por la proposición turca en su artículo 70, por W. van BOOM, A. PINNA, op. cit., loc cit.

18. **Sostenemos que la retención definitiva de esta figura permitiría una correcta aprehensión global de los riesgos incorporados por esencia a los avances científicos y a las nuevas tecnologías**, sin necesidad de recurrir latamente a una técnica legislativa especial, abundante y complicada para las víctimas, configurando en ciertos casos un freno al derecho. **En este sentido, consideramos que una presunción como la señalada es necesaria en toda legislación.** Estimar lo contrario podría conducirnos a la incongruencia de intentar explicar cómo las víctimas del accidente que destruyó la empresa AZF en Toulouse el 21 de septiembre de 2001, podrían haber dependido de tres regímenes jurídicos diferentes para poder obtener una reparación justa (1382, 1384 inciso 1°, conflictos de vecindad), mientras que los accidentados que se acogen a la legislación de teleféricos[52] o de una aeronave[53] reciben un trato mucho más favorable en términos probatorios.

19.- **Ahora bien, la instauración de una presunción de responsabilidad por actividades riesgosas, objetiva y general, se impone como alternativa de reorientación del derecho de la responsabilidad en Francia.** Su carácter de responsabilidad sin culpa nos parece totalmente ajustado a derecho. Lo expresado, pues en rigor la actividad anormalmente peligrosa se caracteriza por aquella que: *"explotada por un profesional en un objetivo económico o social, es susceptible a pesar de toda diligencia razonable, de causar un daño inmediato o diferido, de fuerte intensidad a las personas, al medio ambiente, o a los bienes, en razón netamente de la complejidad de su organización, de los elementos o instrumentos utilizados, o por su naturaleza misma"*[54]. En este sentido, es coherente citar a Ripert, quien estimó que: *"a poderes excepcionales debe corresponder una responsabilidad especial"*[55]. **¿Qué más excepcional que el poder de causar un daño de magnitud como el indicado en la definición?**

20. **Estimamos que las fuentes de desigualdad y desorden normativo en gran parte se superarían con una presunción de esta envergadura.** Así, aun cuando la norma considere las expresiones *"sin perjuicio de las disposiciones especiales"* y que por ende su vocación no sea en lo inmediato abarcar regímenes particulares, bien podría sostenerse prospectivamente que sus fronteras podrían cobijar ampliamente dichas especies de responsabilidad[56].

---

[52] Ley del 8 de julio de 1941.
[53] Ley del 31 de mayo de 1924.
[54] L. MAZEAU, op. cit., N° 444.
[55] G. RIPERT, *Rapport sur le projet de loi relative a l´aéronautique*, citado por M. VALIER en su informe al Senado, Pandectas Francesas, S. y P. Leyes anotadasde 1924, p. 1563, por L. MAZEAU, op. cit., N° 336.
[56] Ante-proyecto de reforma del derecho de las obligaciones y del derecho de la prescripción, p. 159, cita 41: *"El sistema propuesto es muy próximo al que inspira los textos particulares. A plazo, podemos prever que algunos de ellos podrían desaparecer, absorbidos por la disposición general"*.

21. **En nuestro criterio, reiteramos que el reconocimiento de la especie de responsabilidad en ejercicio de análisis es un imperativo de justicia. No obstante, estamos de acuerdo con la doctrina que sostiene que es menester precisar ciertos aspectos.** Así, el concepto de *"actividad anormalmente peligrosa"* merece cierta especificidad. A esta labor se abocó el grupo de trabajo de La Corte de Casación, ya mencionado, el que consideró que dicha actividad debería comprender las instalaciones clasificadas o sujetas a exigencias particulares. Se razonó que la referencia a la presunción de anormalidad relativa *"a la posibilidad de afectar a un gran número de personas simultáneamente"*, **debería ser suprimida u obedecer a criterios menos imprecisos**[57]. Estamos de acuerdo con el alcance efectuado por el grupo de la Corte de Casación, en lo relativo a que la presunción consignada no permite abarcar íntegramente una actividad anormalmente peligrosa. **Sin embargo, no creemos sea necesario suprimirla, pues podrían ser agregados también otros factores de identificación**, así por ejemplo: *"la obligación de asegurarse, la garantía financiera o la contribución a un Fondo de Garantía por parte del explotante, datos estadísticos y análisis de expertos concernientes a los riesgos de explotación de ciertas actividades, etc."*[58].

22. **Otro aspecto que motiva el análisis es la restricción a la exoneración del explotante, la cual no puede hacerse efectiva sino mediando la prueba de la culpa de la víctima.** La liberación puede ser total, si la especie exoneratoria presenta los caracteres de la fuerza mayor, estos es, la imprevisibilidad y la irresistibilidad; o parcial, si concurre paralelamente con la producción del daño[59]. Hacemos presente que la Cámara de Comercio y de la Industria de París ha manifestado sus aprensiones respecto de la especie de responsabilidad en reseña, pues considera que es someter a los explotantes de una actividad de riesgo a una severidad injustificada al no poder exonerarse por vía de fuerza mayor o del hecho de un tercero[60]. El grupo de trabajo de la Corte de Casación, asimismo, manifiesta que el régimen es *"severo para el explotante"*[61] y se interroga sobre la posibilidad de reintroducir la alternativa de exoneración por vía de la fuerza mayor, netamente para habilitar al profesional a liberar su responsabilidad en caso de catástrofe natural o de atentado criminal. Los mismos integrantes del mencionado grupo de trabajo expresan que la reflexión expresada, en cuanto a limitar la fuerza mayor, como mecanismo exoneratorio, parece ser inspirada en regímenes especiales de responsabilidad

[57] Informe del grupo de trabajo de la Corte de Casación, op. cit., loc. cit.
[58] L. MAZEAU, op. cit., N° 444.
[59] Ver supra cita N° 35
[60] *Por una reforma del derecho de los contratos y de la prescripción en conformidad a las necesidades de la vida de los negocios*, Reacciones de la CCIP al ante-proyecto CATALA y proposiciones de modificaciones, Informe de D. KLING en nombre de la comisión del derecho de la empresa y adoptado por la Asamblea General del 19 de octubre de 2006, pp. 117 y ss.
[61] Informe del grupo de trabajo de la Corte de Casación, op. cit., loc. cit.

(aeronaves, teleféricos, energía nuclear)[62]. **En nuestro criterio, nos parece en extremo inflexible para el profesional no poder exonerarse totalmente por vía de la fuerza mayor. Estamos convencidos que la protección de la víctima no puede dejar en la indefensión a quien sin ser victimario debe asumir las reparaciones de un evento del cual es jurídicamente irresponsable.**

23. **Por otro lado, recordamos que el proyecto CATALA también reconoce el reclamo vía responsabilidad general por el hecho de las cosas**. Cabe entonces preguntarse si entre ambas especies de responsabilidad sin culpa se podría producir una suerte de colusión. **Estimamos que no.** Creemos que la responsabilidad por el hecho de las cosas no logra comprender al riesgo según el tratamiento que éste debe recibir en pleno siglo XXI, época en que el avance tecnológico genera riesgos mayores, que de concretarse pueden conllevar a nuevas tipologías de daños, naturalmente de mayor envergadura. Diversas catástrofes dan prueba de ello[63]. **Sin perjuicio de lo anterior, no parece lógico pensar que el régimen de responsabilidad general por el hecho de las cosas deba suprimirse –así lo ha entendido el proyecto CATALA– pues tanto éste como el de responsabilidad por actividades de riesgos pueden y deben coexistir.** Así, el primero se aplicaría a los daños que en definitiva vinculan a particulares, mientras que el segundo enfrenta a un profesional o explotante de una actividad anormalmente peligrosa y a quien no posee dicha calidad. **Así, la responsabilidad por el hecho de las cosas se enmarca en casos de la vida corriente[64], mientras que los segundos se identifican, por ejemplo, con la explotación de una aeronave, un teleférico, una planta de energía nuclear, etc.**

24. Naturalmente, sentimos una atracción especial por esta fórmula, que no obstante ser razonada en clave subjetiva, fuera formulada por don Carlos DUCCI y defendida magistralmente por el decano ALESSANDRI, reconociendo en el artículo 2329 de nuestro Código Civil una presunción de culpabilidad por el hecho propio[65]. Hacemos presente que aun cuando la tesis mencionada reviste

[62] Informe del grupo de trabajo de la Corte de Casación, op. cit., loc. cit.

[63] A modo de ejemplo: Italia: emisión de dioxinas en Seveso, el 10 de julio de 1976 (lesiones corporales de más de 200 personas y evacuación de más de 700); India: escape de gases tóxicos en Bhopal, el 03 de diciembre de 1984 (muerte de más de 3.000 personas); Ucrania: el incendio de un reactor nuclear en Chernóbil, 26 de abril de 1986 (contaminación de los territorios de Ucrania, Rusia, Bielorrusia).

[64] A modo de ejemplo: CA de Versailles, en fallo de 18.06.1999, condena a una empresa por los daños producidos a un menor en un ojo a consecuencia de su impacto con un árbol espinoso que se encontraba a la entrada del inmueble de propiedad de la sociedad. Para tener una visión general ver Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, op. cit., N° 7734.

[65] En concreto, siguiendo las palabras de Alessandri, la mencionada presunción se aplicaría: *"cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente, por ejemplo, un choque de trenes"*, A. ALESSANDRI R., *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, t. II, N°s 195 y ss.

un seguimiento minoritario por nuestros tribunales –lo cual lamentamos– sus postulados constituyen una pieza infaltable de toda discusión doctrinaria que pueda ser trabada en este punto[66].

25. **El extenso tratamiento legislativo del fenómeno riesgoso ha generado, según la doctrina, la observancia de una nueva ideología: "la de la reparación"**, cuyo espíritu consiste básicamente en la obtención segura de la indemnización de todo lo que signifique un daño. Convirtiendo al señalado factor de responsabilidad en el *"alfa y el omega"*[67] de la responsabilidad civil. Ahora bien, la envergadura de ciertas especies de daños y la efectividad en el resarcimiento ha exigido salir de la órbita de la reparación privada para pasar a una de carácter colectivo, generando con ello una evidente declinación de la responsabilidad individual[68].

B. El riesgo a la cabeza de una responsabilidad colectiva

26. Es en este escenario en el que consideramos que el riesgo ha motivado otro foco de cambios importantes en Francia. En concreto, el progreso tanto del seguro, y por ende de la mutualización de las reparaciones **(a)**, como de la seguridad social, es decir, de la solidaridad nacional **(b)**, se ha materializado en conjunto con la propagación de normativas objetivas a las que hemos hecho referencia.

a. La reparación vía seguro

27. **El seguro, por un lado, ha cumplido un rol determinante en la declinación de la responsabilidad individual, a cambio de un sistema de repartición colectiva de riesgos.** En efecto, *"el pasaje de una problemática estrictamente individualista a una temática colectivista, favorable a un derecho a la indemnización fundado sobre la idea del riesgo, que hasta ahí era asumido individualmente, debía ser socialmente garantizado"*[69]. Así, la prima deviene en el precio por la seguridad personal, lo cual permite, asimismo, dimensionar el valor económico del riesgo en toda su magnitud. En Francia, la institución del seguro ha experimentado una explosión considerable: más de 120 actividades están dotadas de la cobertura de un seguro obligatorio, mientras que en

[66] J. L. DIEZ S., "La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla", en *Reformas en el Derecho Civil francés y perspectivas para el Derecho chileno*, Separata Revista N° 16, Revista Actualidad Jurídica, 2007, pp. 35 y ss.; y E. BARROS B., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, N°s 91y ss.

[67] Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, op. cit., N° 1324.

[68] G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Bibl. Droit Privé, T. 53, LGDJ, Paris, 1965, préf. A. TUNC.

[69] A. LECA, *La réparation des dommages médicaux en Nouvelle- Zélande et en France, Rev. gén. Dr. Med. 2005*, N° 16, pp. 153-154, por L. KHOURY, *Innovation biomédical et évolution du droit de la responsabilité civile : une étude comparée France-Québec*, N°19, cita 65, en *Droit, sciences et techniques quelles responsabilités?*, LexisNexis, N° 35, 2011, pp. 101 y ss.

otras tantas, el seguro es suscrito voluntariamente por los particulares[70]. De esta manera, la extensión de las condenas en responsabilidad civil es desde luego importante. Desde que los tribunales identifican que el "supuesto" autor del daño se encuentra cubierto por un seguro, generalmente no dudan en condenarlo, con el objeto de reparar los daños de la víctima, incrementando con ello la carga financiera de la colectividad[71]. **Ello ha generado críticas, pues es considerado como un elemento esterilizador y desnaturalizador de conceptos clásicos[72], ya que la indemnización de la víctima prima y se libera de toda búsqueda jurídica del responsable del daño, a tal punto que es incluso difícil hablar de responsabilidad[73].** En este mismo sentido, el profesor Ph. STOFFEL-MUNCK expone: *"Si queremos repararlo todo, sin condición, y acordar a los sujetos de derecho un crédito automático de reparación de los daños por éstos sufridos, la responsabilidad civil no es una herramienta conveniente: es una forma de seguridad social la que hay que instaurar o extender. La responsabilidad civil no se justifica sino como una institución diferente y no puede definirse sino como un medio para reparar ciertos daños, injustamente causados"*[74].

b. El recurso a la solidaridad

28. **Por otro lado, si el agente es desconocido, insolvente o no se encuentra cubierto por un seguro**, en ciertas materias será el Estado el que, en virtud de otra forma de colectivización de riesgos, participará en la reparación, respondiendo por ella. **En la especie la Seguridad Social, en virtud de la creación legal de Fondos de Garantía (FG),** indemniza a la víctima, repartiendo el costo de este resarcimiento en el conjunto de ciudadanos. Así, en caso de **accidentes de circulación o de caza[75]**, por ejemplo, si el responsable es desconocido o insolvente, la víctima es indemnizada con cargo a un **FG** financiado por la comunidad. La misma figura se establece para la reparación a las **víctimas de infracciones penales[76]** y a las **víctimas de actos de terrorismo[77]**.

29.- Los avances en esta materia en el campo de la salud pública merecen atención especial. **Bajo el mismo espíritu legislativo, en virtud de la ley sobre accidentes médicos e infecciones nosocomiales (o**

[70] Ph. Le TOURNEAU, *Répertoire du Droit Civil*, op. cit. N° 181.
[71] R. CABRILLAC, op. cit., N° 227.
[72] B. MARKESINIS, *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance, Revue Internationale de Droit Comparé*, 1983, p. 301.
[73] R. CABRILLAC, op. cit., loc. cit.
[74] J.-S. BORGHETTI, art. cit., N° 5.
[75] Ley de 31 de diciembre de 1951.
[76] Ley de 3 de enero de 1977.
[77] Ley de 9 de septiembre de 1986.

intrahospitalarias)[78]**, se instituyó la ONIAM**[79] (*Oficina nacional de indemnización de accidentes médicos y de infecciones nosocomiales),* organismo administrativo sujeto a la tutela del Ministerio de Salud, **el cual ha centralizado la reparación de una nómina de perjuicios ubicables en la esfera de la salud pública. Así el artículo L. 1142-1 del Código de la Salud Pública, consagra un recurso subsidiario a favor de la víctima,** siempre que en el accidente médico no haya sido comprometida la responsabilidad de un profesional, establecimiento, servicio u organismo indicado en la ley, o la de un fabricante de productos, en definitiva, de algunos de los actores del sistema de salud. Por otro lado, dicho recurso subsidiario no interviene sino cuando el accidente médico se ha verificado en razón de un acto de prevención, diagnóstico o cuidado y que sus consecuencias son anormales según el estado de la salud del paciente y de la evolución previsible de éste. Además, deben presentar un carácter de gravedad, fijado por decreto, apreciado respecto de la pérdida de las capacidades funcionales y de las consecuencias sobre la vida privada y profesional, medida según la tasa de agravio permanente a la integridad física o síquica, de la duración de la detención temporal de las funciones profesionales o del déficit de la funcionalidad temporal. En fin, las consecuencias deben corresponder a un baremo de incapacidad permanente no menor al 25%[80].

30. **El referido recurso subsidiario es aplicado de la misma manera y bajo las mismas condiciones en caso de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias**[81]**.** Siendo directo el recurso a la ONIAM en caso de una incapacidad superior o igual al 25% o de deceso. **Asimismo, a partir del año 2006, es directo el recurso a la ONIAM, en el evento de contagio con VIH a consecuencia de una transfusión sanguínea**[82] (aun cuando ya en virtud de la ley de 31 de diciembre de 1991 se había creado un FG con el mismo fin[83]). **Lo mismo respecto de víctimas del virus hepatitis C**[84]**,** provocado a consecuencia de transfusiones de sangre o de inyecciones de productos sanguíneos. **Idéntico tratamiento reciben los afectados por la enfermedad de Creutzfeld-Jackob a partir del año 2002**[85]**, y los perjudicados directamente a consecuencias de vacunas obligatorias, a partir del año 2006**[86].

31. **Como vemos, el riesgo es una herramienta de la que se ha valido el Derecho de la Responsabilidad en Francia a lo largo de los años. Estamos**

[78] Ley de 4 de marzo de 2002.
[79] www.oniam.fr.
[80] Artículo L. 1142-1 Código de la Salud Pública.
[81] Artículo L. 1142-1-1 Código de la Salud Pública.
[82] Ley de 9 de agosto de 2004, artículos L. 1142-21 y L. 3122-1.
[83] Ley 31 de diciembre de 1991.
[84] Artículo L. 1221-14 Código de La Salud Pública.
[85] Artículo L. 1142-22.
[86] Artículo L. 3111-9.

seguros que dicha comunión está lejos de desaparecer. Lo anterior, pues parte de la ciencia jurídica actualmente está enfocada en el análisis de los denominados "riesgos de daños hipotéticos". En efecto, una corriente en Francia, que si bien es minoritaria, pero no menos importante en cuanto a lo agudo de sus fundamentos, se ha concentrado en extender al campo de la responsabilidad civil a la nombrada especie de fenómenos, bajo el argumento de un nuevo principio, el cual ha ingresado hace algún tiempo al escenario jurídico del mencionado país. **Nos referimos al principio de precaución.**

C. El riesgo y el principio de precaución

32. Hasta la década del 90, el denominado *"principio de precaución"*, aún cuando se encontraba presente en ordenamientos jurídicos supranacionales[87], no era un tema expuesto a la opinión pública, ni menos era sostenible una extensión de sus alcances bajo el dominio de la responsabilidad civil, como veremos a continuación. Sin embargo, ciertos "eventos", tales como: el drama de la sangre contaminada en Francia[88], el síndrome de la vaca loca en Inglaterra[89], la incertidumbre generada por los riesgos de organismos genéticamente modificados (OGM)[90], provocaron rápidamente: primero su mediatización[91], luego su reconocimiento legal[92] y constitucional[93] en materia de medio ambiente, y hoy su defensa como fundamento de acción de responsabilidad civil[94]. Esto

[87] Declaración ministerial de la segunda conferencia internacional sobre la protección del Mar del Norte, 1987: "*Se impone una aproximación a la precaución con el fin de proteger el Mar del Norte de los efectos nocivos eventuales de substancias peligrosas. Esta forma de acción requiere la adopción de medidas de control sobre las emisiones de estas substancias incluso antes de haber establecido oficialmente un nexo de causa-efecto sobre el plano científico*"; Artículo 174 Tratado de Amsterdam, 1997 (antiguo artículo 130 R N° 2 Tratado de Maastricht): *"La política de la Comunidad en el dominio del medio ambiente (...) es fundada sobre los principios de precaución y de acción preventiva, sobre el principio de corrección, por prioridad en la fuente, de los daños al medio ambiente y sobre el principio quien contamina paga".*

[88] Ver, « *La sang et le droit* » de M.-A. HERMITTE, Editorial Seuil, Paris, 1998.

[89] Ver, M. I. TRONCOSO, *"El principio de precaución y la responsabilidad civil", Revista de Derecho Privado,* Universidad Externado Colombia, N°18, 2010, pp. 205-220.

[90] Ver *"La relación entre los riesgos, la precaución y la responsabilidad, en los daños al medio ambiente por la liberación de organismos genéticamente modificados",* S. REBOLLEDO A., *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo,* Año 1°, N° 1, mayo 2012, pp. 191 y ss.

[91] F. EWALD, C. GOLLIER, N. de SADELER, *Le principe de précaution,* Que sais-je ? N°3596, Paris : puf, 2001, introducción, p. 3 ; desde un punto de vista práctico: Asamblea Nacional, Comité de evaluación y del control de las políticas públicas, Informe de etapa sobre la evaluación y la aplicación del artículo 5 de la Carta del Medio Ambiente, junio 2010.

[92] Ley de 02 de febrero de 1995, artículo 110-1 Código del Medio Ambiente: *"La ausencia de certeza, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no debe prorrogar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas, orientadas a prevenir la realización de un daño grave e irreversible al medio ambiente, a un costo económicamente aceptable".*

[93] Art. 5° CPE: *"Cuando la realización de un daño, aunque incierto en el estado de los conocimientos científicos, pueda afectar de manera grave e irreversible el medio ambiente, las autoridades públicas velarán, mediante la aplicación del principio de precaución, y dentro de sus competencias, por poner en marcha los procesos de evaluación de riesgos y adoptar medidas provisorias y proporcionadas a fin de evitar la realización de un daño".*

[94] Para una visión global: C. THIBIERGE, *Libres propos sur l'évolution de la responsabilité civile, Vers un élargissement des fonctions de la responsabilité civile?,* RTD civ. 1999, pp. 561 y ss,; *Avenir de la responsabilité civile, responsabilité de l'avenir,* Recueil Dalloz 2004, pp. 577 y ss. ; M. BOUTONNET *Le risque,*

último bajo el argumento de una obligada evolución sociológica que la ciencia jurídica estaría –por algunos– encaminada a observar.

33. Enfocaremos su revisión primeramente desde la perspectiva de su íntima relación con el concepto de riesgo de daño hipotético **(a)**, luego nos pronunciaremos brevemente sobre su rol como fundamento de la responsabilidad civil **(b)**, para finalizar con una referencia a algunas de sus consecuencias jurídicas **(c)**.

a. El riesgo de daño hipotético, hábitat del principio de precaución

34. A medida que las sociedades avanzan, el desarrollo científico y tecnológico también lo hace. El maquinismo del siglo XIX ya no es el mismo, y los daños que potencialmente pueden ocasionarse, a consecuencia de un accidente industrial o técnico, pueden cobrar cientos de vidas humanas, daños medioambientales, y agravios a la naturaleza en general. Así, una corriente de pensamiento ha ingresado al campo jurídico francés, la cual siguiendo las reflexiones del profesor H. JONAS[95] analiza la responsabilidad civil no bajo un concepto de reparación de daños consecuentes al ejercicio de una imputación causal de hechos, sino poniendo hincapié en la naturaleza, las nuevas generaciones, la perpetuación de la vida humana sobre la tierra.

35. Veamos. La propuesta de los defensores de este principio consiste básicamente en salir de las fronteras de la previsibilidad, base de una probabilidad estadística exigida por el seguro, y conquistar el territorio de la posibilidad, esto es, de la potencialidad más absoluta, de la incertidumbre científica, de aquello que no se puede afirmar, pero tampoco se puede negar. **El motor del aludido principio de precaución es justamente el riesgo. Pero ya no un riesgo enmarcado bajo el paradigma de la solidaridad, propio de la mutualización y de la seguridad social (siguiendo la nomenclatura de F. EWALD[96]), sino un riesgo sostén de un nuevo paradigma, el de la seguridad. De esta manera, sería posible argumentar que habría riesgos que jamás deberían haberse corrido, y daños que nunca deberían haberse producido.** El referido paradigma de "seguridad", surgido hacia fines del siglo XX, se asienta en la aparición de casos inmersos en un contexto de incerteza o controversia científica, en el que se destaca la posibilidad eventual de daños graves o irreversibles. Los mencionados riesgos son entonces capaces en potencia de generar

condition «de droit» de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution, Recueil Dalloz, 2009, pp. 819 y ss, ; *Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile,* Recueil Dalloz, 2010, pp. 2662 y ss.

[95] H. JONAS, *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique,* edición: du Cerf, colección: Passages, París, 1990.

[96] F. EWALD, *Responsabilité - solidarité - sécurité. La crise de la responsabilité en France à la fin du XXè siècle,* Revista Risques. Les cahiers de l'assurance, N° 10 avril – juin 1992, pp. 9-27.

una catástrofe, o un daño de una trascendencia mayor, los que independientes de la naturaleza o del azar, provienen de la actividad autónoma del hombre, y que define bajo el concepto transversal de *"riesgo manufacturado"*[97].

36. Actualmente, la efectividad del principio de precaución en el dominio de la responsabilidad civil se encuentra discutida.

b. El principio de precaución como fundamento de la responsabilidad civil

37. **La corriente en comento defiende el reconocimiento de una responsabilidad civil radicalmente transformada, una verdadera metamorfosis[98],** cuya característica principal sería el fortalecimiento de la función preventiva de la responsabilidad[99], atribuyéndole un verdadero poder anticipativo fundado en la amenaza de daños de gran escala, traducida incluso en la sistematización de un régimen que persiga la paralización de cualquier actividad que caracterice un riesgo de daño grave e irreversible para el medio ambiente o la salud pública, en virtud de una acción preventiva y colectiva de responsabilidad civil[100].

38. **Interesantes aplicaciones del principio son detectadas en la jurisprudencia francesa. Su principal dominio corresponde a litigios en que se encuentra comprometida la teoría de los conflictos anormales de vecindad**. Así, las peticiones de los demandantes, corresponden a la solicitud del cese del fenómeno perturbador, reparando los daños producidos, atribuyendo como argumento la estricta aplicación del principio precautorio. Luego, los tribunales han resuelto sea rechazando las pretensiones de los actores, sea acogiendo expresamente el principio de precaución, o reconociéndolo implícitamente como elemento de la esencia del conflicto anormal de vecindad.

39. **En cuanto al rol del principio de precaución en la teoría de los conflictos anormales de vecindad**, es posible indicar en general que las sentencias asemejan al fenómeno perturbador –aspecto sustantivo del conflicto– al riesgo de daño hipotético, provocador de la angustia de verse expuesto a un mal irreparable, alterando con ello las bases de la indicada teoría. Nos haremos cargo de esta afirmación en la segunda parte del trabajo[101].

---

[97] A. GIDDENS, *"Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas"*, Madrid, Taurus, 2000.

[98] D. MAZEAUD, *Responsabilité civile et précaution*, en *La responsabilité civile á l´aube du XXI siècle, bilan prospectif*, RCA 2001, N° 33.

[99] Ver supra cita N° 93.

[100] Ver M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, prólogo C. THIBIERGE, LGDJ, París, 2005.

[101] Ver infra N^{os} 54 y ss.

40. Pues bien, nos enfocaremos en lo inmediato a lo decidido por algunas decisiones jurisprudenciales. Tanto algunos Tribunales de Gran Instancia **(1°)**, como ciertas Cortes de Apelaciones **(2°)** no se han mostrado indiferentes, respecto de la retención del principio precautorio. Veremos posteriormente el criterio de la Corte de Casación **(3°)**.

1° Referencias al principio de precaución en Tribunales de Gran Instancia (TGI)

41. Por ejemplo, el **TGI de Grasse**[102] ordenó el desplazamiento de una antena de telefonía "*en nombre del principio de precaución*"; a su turno, el **TGI de Toulon**[103], con base en el principio de precaución, retuvo: "*no puede ser impuesto a un vecino la exposición a un riesgo aún hipotético*"; el mismo Tribunal seis días después estableció[104]: "*si nada en los diferentes estudios científicos realizados al día de hoy permite establecer un riesgo para la salud vinculado a las estaciones de base de telefonía móvil, teniendo en cuenta los niveles de exposición constatados, nada permite tampoco establecer una ausencia total de riesgo*"; asimismo, el **TGI de Nanterre**[105], en fallo del 18 de septiembre de 2008, sostuvo: "*la S.A. Bouygues Telecom no demuestra en el caso de especie ni la ausencia de riesgo ni el respeto por algún principio de precaución*"; en el mismo sentido, el **TGI de Carpentras**[106], en aplicación tácita del principio de precaución, manifestó: "*el operador no puede garantizar en términos de seguridad una ausencia de riesgo sanitario, generado por la antena implantada (...). Existe entonces para ellos* (demandantes) *un miedo legítimo de un daño directo a su salud constitutivo de un conflicto, en que su carácter anormal se debe al hecho que comportaría un daño, una vez realizado*"; por su parte, el **TGI de Angers**[107] dispuso que el principio de precaución permite a los habitantes sustraerse de los efectos de una antena, fijando además que el operador no ha demostrado el cumplimiento de "*precauciones no erigidas como reglamentación estricta, pero si a título de recomendación*"; por otro lado, **el TGI de Créteil**[108], acogiendo el comentado principio, estableció: "*... existe un riesgo de repercusiones de las ondas sobre el estado de salud de los habitantes del inmueble. Contrariamente a lo que pretende la sociedad de telefonía móvil, pertenece al juez (...) hacer respetar el principio de precaución*"; igualmente, el **TGI de Nevers**[109], extendiendo el criterio referido, reconoció la existencia de un principio general de precaución en materia sanitaria: "*conviene admitir la existencia de un principio general de precaución en materia sanitaria, distinto al concerniente a las consecuencias sobre el medio ambiente, coherente con la teoría*

[102] TGI Grasse 17.06.2003, N° 03/836.
[103] TGI Toulon 20.03.2006, N°s 04/01012.
[104] TGI Toulon 26.03.2006, *Droit Environnemental*, 2006, p. 164, nota D. DEHARBE y E. HICTER.
[105] TGI Nanterre, 18.09.2008, N° 07/02173.
[106] TGI Carpentras, 16.02.2009, N° 08/00707.
[107] TGI Angers, 05.03.2009, N° 08/00765.
[108] TGI Créteil, 11.08.2009, N° 09/00658.
[109] TGI Nevers, 22.04.2010, N° 10/00180.

general de la responsabilidad, y obligatorio para toda persona a actuar con prudencia, en las condiciones razonables y proporcionadas, para prevenir los daños que es susceptible de producir a la salud humana".

42. En contra, el **TGI de Grenoble**[110] rechazó la retención del principio de precaución y la figura de un conflicto anormal de vecindad, en los siguientes términos: *"no ha sido aportada la prueba de un riesgo sanitario generador de un conflicto anormal de vecindad, las emisiones de ondas son inferiores a las fijadas por el decreto (...)"*; en este sentido, el **TGI de Avignon**[111] estableció categóricamente: *"en cuanto al principio de precaución, éste se trata de una noción de eco mediática, inversamente proporcional a la consistencia jurídica. Este principio conduciría a rechazar la aplicación de todo avance científico"*; finalmente, agregamos que el **TGI de Lyon**[112] expuso: *"el principio de precaución (...) no debe aplicarse automáticamente desde que existe una incertidumbre sobre la no peligrosidad de un producto".*

43. No es difícil percatarse de la falta de homogeneidad del criterio jurisprudencial en los Tribunales de Gran Instancia **(TGI)**, en cuanto al reconocimiento del principio de precaución. Aquel si bien en algunos fallos es rechazado, en los otros –la mayoría– es reconocido expresa o implícitamente, normalmente en litigios en que un conflicto anormal de vecindad se encuentra comprometido. Veamos qué ha sucedido en sede de Cortes de Apelaciones.

2°. Referencias al principio de precaución en Cortes de Apelaciones (CA).

44. Por ejemplo, la **CA de Aix-en-Provence**[113] sostuvo: "que (el demandado) *no puede garantizar (...) la ausencia de riesgos sanitarios vinculados a la vecindad (sentido amplio), sufre* (el demandante) *un conflicto que excede los inconvenientes normales de vecindad y se encuentra fundado a obtener que se le dé fin".* **Hacemos presente que la sentencia antes mencionada no es más que una excepción al criterio general observado por las Cortes de Apelaciones, el cual se caracterizó por un constante rechazo al reconocimiento a lo menos implícito del principio de precaución**[114]**.** Lo indicado hasta la sentencia de la **CA de Versailles**[115], en que se dispuso categóricamente: "*Si la realización de un riesgo permanece hipotética, la incertidumbre sobre la inocuidad de la exposición de las ondas emitidas por las antenas de repetición puede ser calificada de seria y razonable, de tal suerte que configura una angustia legítima*

[110] TGI Grenoble,19.02.2009, N° 07/00312.
[111] TGI Avignon, 16.06.2009, N° 07/02026.
[112] TGI Lyon, 15.09.2009 N° 09/7835.
[113] CA Aix en Provence, 08.06.2004, Recueil Dalloz 2004, p. 2678, nota M. BOUTONNET.
[114] Así, CA Paris 07.05.2002, N° 2002/178443; CA Bordeaux 26.10.2004, N° 03/01207.
[115] CA Versailles, 04.02.2009 N° 08/08775.

constitutiva de un fenómeno perturbador de carácter anormal". "La cesación del perjuicio moral resultante de la angustia sufrida del hecho de la instalación sobre la propiedad vecina de esta antena impone ordenar su desconexión".

45. En contra, destacamos la sentencia de la **CA de Chambery**[116], que después de recordar que los estándares de emisión a los que se deben sujetar las empresas de telecomunicaciones en cuanto a sus antenas son fijados por la autoridad administrativa en conformidad al principio de precaución, estableció: *"el juez no tiene en consecuencia ninguna legitimidad para cuestionar una reglamentación que ha sido determinada en conformidad al estado actual de la ciencia y que ha sido fijada de acuerdo a los estándares que integran el principio de precaución";* así como el fallo de la **CA de Bastia**[117], que indicó: *"la exigencia de proporcionalidad (propia del principio de precaución), es opuesta al estado de incertidumbre actual del riesgo", "no ha lugar a considerar que la instalación de nuevas antenas sean constitutivas de un conflicto de vecindad".*

46. **Ahora bien, manifestamos el peligro jurídico relativo al reconocimiento jurisprudencial del principio de precaución.** La verdad es que la inconsistencia jurídica de las sentencias, en sede de TGI o de CA, que acogen el mencionado criterio, altera el espíritu. En otras palabras, se reconoce una regla autónoma de responsabilidad, la que liberando absolutamente de la prueba a quien demanda la indemnización y/o la desconexión de la antena, impone en la especie al proveedor de telefonía (persona jurídica obligada a cumplir compromisos de comunicación para el Estado francés) **una prueba imposible: ir más allá de los avances de la ciencia y contrariar estándares de peligrosidad adoptados por el ente administrativo.**

47. Así las cosas, frente a tal desorden de criterios, el pronunciamiento de la Corte de Casación en la especie era del todo necesario. Sin perjuicio de lo anterior, la batalla por un tiempo pareció ser tácitamente ganada por el principio precautorio. Lo anterior, pues, de un interesante fallo de la **Corte de Casación**[118] se podía deducir, sin forzar el argumento, que el juez civil estaba lo suficientemente investido para aplicar directamente el principio en comento. En los hechos, en un litigio sobre contaminación de aguas minerales naturales, fue rechazada la aplicación del principio precautorio, pues los expertos habían excluido todo riesgo de daño. Luego entonces, *a contrario sensu*, sería dable desprender que el principio de precaución podría ser una herramienta del juez, en la decisión de un litigio, en un escenario de incertidumbre científica.

[116] CA Chambéry, 04.02.2010, N° 09/00731.
[117] CA Bastia, 21.07.2010, N° 09/00709.
[118] Casación, 3ra civil, 03.03.2010, N° 08/19.108. En este sentido, M. BARY, *"Le principe de précaution et la responsabilité civile : á propos de champs électromagnétiques*, RCA N°9, septiembre 2011, crónica 11.

48. No obstante lo expuesto en el párrafo anterior, y favorablemente para la seguridad jurídica, la Corte de Casación se pronunció. Esperamos que su lectura del problema se mantenga.

3°. El pronunciamiento de la Corte de Casación, el regreso a la calma.

49. La sentencia de 18 de mayo de 2011[119] demuestra la hostilidad del máximo tribunal francés, respecto de retener el principio de precaución en materia de responsabilidad civil. En este sentido, la apuntada sentencia se refiere a un GAEC (grupo agrícola de explotación en común) que explotando su terreno en cercanías de una línea de alta tensión, atribuyó los problemas sanitarios detectados en sus animales a los campos magnéticos producidos por esta línea. Exige de la compañía de electricidad respectiva (EDF) la indemnización de los perjuicios materiales y económicos sufridos. **La CA de Limoges[120]** rechazó las peticiones. Lo indicado, en razón de la falta de prueba de causalidad entre los campos magnéticos y los problemas sanitarios de los animales. A consecuencia de lo anterior, el requerimiento del demandante insatisfecho fue elevando en Casación. Uno de los argumentos defendidos fue que el Tribunal de Alzada había omitido considerar la aplicación directa del principio de precaución, del artículo L-110-I-1° del Código del Medio Ambiente. La Corte de Casación, rechazando en definitiva el recurso, prescribió: "***que habiendo dispuesto, ajustándose a Derecho, que la Carta del Medio Ambiente y el principio de precaución no alteraban las reglas según las cuales pertenece a quien solicita la indemnización del daño (GAEC) respecto del titular de la servidumbre (EDF), establecer que el perjuicio era una consecuencia directa y cierta de éste*** *y que la demostración, sin exigir prueba científica, puede desprenderse de presunciones graves, precisas, fiables, y concordantes, la Corte de Apelaciones apreciando que elementos serios, divergentes y contrarios se oponen a los índices existentes en cuanto a la incidencia posible de las corrientes electromagnéticas sobre el estado de los animales de suerte que subsisten incertidumbres notables sobre esta incidencia y que analizadas las circunstancias de hecho a través de las cuales el daño se habría producido, ha podido retener,* ***sin invertir la carga de la prueba****, que teniendo en cuenta el estado de las* ***explicaciones y antecedentes proporcionados, la existencia de un vínculo de causalidad no se encontraba suficientemente caracterizada***".

50. **Luego, la Corte de Casación, rechazando el recurso presentado, se pronuncia en contra de una aplicación directa del principio de precaución,** permitiendo la exclusión de aquel sobre la determinación de la causalidad en un escenario de incertidumbre científica, lo cual nos parece ser una decisión acertada y conforme a derecho.

[119] Casación, 3ra civil, 18.05.2011, N° 10/17.645.
[120] CA Limoges 01.03.2010, N° 08/00011.

51. Hacemos presente, además, que hemos detectado dos sentencias recientes de CA, posteriores al pronunciamiento de la Corte de Casación, en que el principio de precaución es rechazado de plano, confiamos en que este criterio sea mantenido. No dudamos de la influencia de la antes señalada decisión de la Corte de Casación. A saber: la **CA de Lyon**[121] sostuvo: *"en el estado de los conocimientos científicos, no existe ninguna certeza sobre los efectos nocivos de las ondas emitidas por las antenas, y en respeto al principio de precaución que corresponde a los poderes públicos y a las autoridades administrativas (...), no permite al juez hacer derecho a la demanda"*; asimismo, la **CA de Aix-en-Provence**[122] expuso: "*ninguna demostración proveniente de los demandantes ni de la ciencia, al día de hoy, permite establecer la nocividad sobre la salud de las ondas electromagnéticas, provenientes de tal instalación, no pudiendo ser retenida la noción de principio de precaución*".

52. **Por otro lado, no se piense con esto que estamos en contra del principio de precaución bajo todo respecto y circunstancia, no.** Tan sólo manifestamos que la aplicación *"en concreto"* del cuestionado principio debe enmarcarse en el dominio bajo el cual tiene vocación de actuar, este es: **el ámbito público, no el de la responsabilidad civil, tal como es establecido por la recién indicada sentencia de la CA de Lyon.** En efecto, corresponde a un rol de la autoridad administrativa fijar estándares de precaución de actividades que generen riesgos plausibles, pero inciertos científicamente. Éstos sujetos a una verdadera política pública de gestión de riegos, democrática y parlamentaria[123] –si se quiere– deberían reconstituir las confianzas en la colectividad, las que atemorizadas por los ejemplos de catástrofes señalados más arriba, reclaman en todas las esferas las garantías del mencionado paradigma de seguridad. **Lo contrario conduciría a cambiar de naturaleza a un sistema centrado en la reparación de un daño cierto, pudiendo perfectamente configurar situaciones de inseguridad jurídica,** lo que en términos del profesor D. MAZEAUD acarrearía importantes alteraciones: "*una responsabilidad sin víctima, sin perjuicio y sin indemnización*"[124], sin dejar de lado que un excesivo desarrollo de este principio sería una clara fuente de desmotivación de las innovaciones.

53. Finalmente, si bien rechazamos categóricamente el rol del principio de precaución como regla autónoma de responsabilidad civil, reconocemos su utilidad en cuanto a un fortalecimiento de **la obligación de vigilancia.**

[121] CA Lyon, 11.06.2011, N° 11/00477.
[122] CA Aix-en-Provence, 07.09.2012, N° 11/11549.
[123] B. LATOUR, *Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie?*, La Decouverte, Paris, 2004.
[124] D. MAZEAUD, op. cit, N° 19.

c) Principio de precaución y la obligación de vigilancia

54. **La indicada obligación debe ser entendida como la *"atención en los riesgos emergentes que no están absolutamente dilucidados"*[125].** Además, manifestamos que es susceptible de traducirse en la emisión de alertas, seguimiento o trazabilidad de productos, retiro del mercado de los mismos.

55. Dicha obligación fue reconocida en contra de los fabricantes de productos de salud, por primera vez en Francia, en virtud de la conocida sentencia Distilbène, a través de un importante fallo de la **Corte de Casación del año 2006**[126]. En los hechos, el medicamento Distilbène fue recetado a las mujeres embarazadas, con el objeto de impedir todo nacimiento prematuro, a partir de los años 40. Sin embargo, varias décadas después las hijas de las mujeres que ingirieron el producto comenzaron a presentar cánceres de útero y de vagina. El foco de las miradas recayó sobre el medicamento. Frente a las dudas plausibles basadas en informes científicos expuestos en 1939, 1962 y 1963, que permitían atribuir al hecho del producto la enfermedad de las mujeres, Estados Unidos en 1971 y luego Francia en 1977, retiraron Distilbène del mercado.

56. En la especie. Dos mujeres ejercieron una acción en contra del productor del medicamento, una de las mujeres había nacido en 1968 y la otra en 1974. Respecto de ésta última, la **CA de Versailles**[127] atribuyó al laboratorio involucrado el incumplimiento de una obligación de vigilancia del producto, en razón del retiro del fármaco del mercado en Estados Unidos y de los informes científicos allegados al Tribunal. Mientras que por la segunda, **la misma CA**[128] condenó al productor del medicamento, no obstante que el retiro del mismo del mercado estadounidense se había producido con posterioridad al nacimiento de la demandante. La indicada Corte de Apelaciones igualmente condenó a la sociedad productora por no haber vigilado la eficacidad del producto, a pesar de las advertencias de informes científicos ya referidos. **En fin, el laboratorio presentó un recurso a la Corte de Casación, la cual confirmó lo dispuesto por la Corte de Apelaciones.**

57. Apreciamos en este punto un importante rol del principio de precaución, **el cual lejos de configurar un fundamento autónomo de responsabilidad destructor de la causalidad, contribuiría como una herramienta útil a la hora de la apreciación de la culpa.**

[125] G. VINEY, *Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées in dossier Principe de précaution*, Recueil Dalloz 2007, p. 1542 y p. 1545.
[126] Casación, 1ra civil, 07.03.2006, N° 04/16.179.
[127] CA Versailles, 30.04.2004, N° 02/05925.
[128] CA Versailles, 30.04.2004, N° 02/05924.

58. Dejamos hasta aquí nuestra visión de panorama sobre la evolución del riesgo en el derecho de la Responsabilidad Civil en Francia. Corresponde ahora reseñar la manera en que las condiciones de la responsabilidad han percibido el impacto del riesgo, mediante ciertas ilustraciones sobre el fenómeno.

II. Algunas ilustraciones sobre el impacto del riesgo en las condiciones de la responsabilidad civil

59. **El proceso evolutivo del riesgo en el Derecho de la Responsabilidad en Francia ha impactado considerablemente sus condiciones.** Luego entonces el hecho generador, el perjuicio y el vínculo de causalidad se han visto alterados por un proceso en que la ciencia y la tecnología juegan un rol fundamental. En esta segunda parte, en primer lugar, nos pronunciaremos sobre el hecho generador de responsabilidad, el cual, a consecuencia de una especie particular de riesgo, y sin perjuicio del fenómeno diversificador que lo ha alterado –cuyos efectos han sido tratados en la primera parte de este estudio– ha afectado la naturaleza de una clásica institución: la teoría de los conflictos anormales de vecindad **(A).** Posteriormente, apreciaremos que el perjuicio, ha sido objeto de una extensión notable en cuanto a las especies de agravio reparable, las que reconocidas jurisprudencialmente han proporcionado a las víctimas nuevos argumentos de resarcimiento **(B).** Por último, veremos como el vínculo causal también ha acusado las consecuencias del fenómeno **(C).** En concreto, la prueba de la causalidad ha cedido frente al reconocimiento de presunciones legales y de hecho, las que en diversas especies –principalmente centradas en el dominio de la salud pública– han fortalecido aun más la posición de las víctimas.

A. El impacto del riesgo en el hecho generador de la responsabilidad civil. Sus consecuencias sobre la teoría de los conflictos anormales de vecindad.

60. Según el vocabulario jurídico de G. CORNU: *"constituye un conflicto anormal de vecindad el daño causado a un vecino, que excediendo los inconvenientes ordinarios de la vecindad, es juzgado como anormal, obligando al autor del conflicto a indemnizar a la víctima, aun cuando este conflicto sea inherente a una actividad lícita y que ninguna culpa pueda ser imputada a quien lo causa"*[129].

61. **Pues bien, la teoría de los conflictos anormales de vecindad, constituye en Francia un régimen autónomo de reparación, en que ni la culpa ni el riesgo, sino que exclusivamente el daño, cumplen un rol de fundamento.** En efecto, la teoría en comento y la responsabilidad que acarrea corresponden exclusivamente al deber que asiste a los individuos de no causar a otro un conflicto anormal de vecindad. Lo expuesto fue reco-

[129] G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 7ª. ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2005, Troubles de Voisinage.

nocido expresamente por la Corte de Casación a partir del año 1986[130], y ha motivado al profesor G. MEMETEAU a entender que esta teoría viene a fundarse, en definitiva, bajo el respeto al derecho subjetivo a la tranquilidad[131]. Desde luego, el recurso a la responsabilidad subjetiva de los artículos 1382-1383 del CODE no se excluye bajo ningún respecto, sin embargo, es naturalmente más conveniente para la víctima acogerse a un sistema autónomo de reparación, que a otro en que la prueba de la culpa opere como una exigencia de activación. Los orígenes de la teoría, varias veces señalada, se remontan al año 1844[132], en que La Corte de Casación en un juicio sobre contaminación industrial por ruido la consagró. Desde ahí, y hasta nuestros días, variadas especies de conflictos anormales han sido amparados por sus fronteras[133]. Es más, hacemos presente que en materia de contaminación industrial o agrícola[134] el recurso constante a la teoría la ha convertido en una herramienta indispensable de equilibrio.

62. Por otro lado, somos claros al señalar que el riesgo ha atacado fuertemente la teoría comentada. En este sentido, detectamos que en Francia existe una tendencia clara a resolver asuntos bajo el prisma de los conflictos anormales de vecindad, lo cual nos parece, desde luego, acertado. **Sin embargo, esta tendencia se ha extendido a escenarios en que derechamente no hay conflicto, o bien el conflicto no es en absoluto anormal. Generando en consecuencia una desnaturalización de sus bases conceptuales. Lo indicado se aprecia netamente en materias en que el electromagnetismo es pieza determinante de la acción en responsabilidad, y el riesgo hipotético de daño con el cual se identifica.**

63. Ahora bien, ya nos hemos pronunciado sobre esta especie de litigio, al exponer el problema suscitado por el principio de precaución, riesgo hipotético de daño, y las antenas[135]. **Estimamos pertinente ahora, desde la óptica del conflicto anormal de vecindad, indicar de qué manera esta importante teoría se ha visto alterada en esencia.**

64. **La razón del cambio corresponde básicamente al carácter atribuido a la incomodidad constitutiva del conflicto anormal.** En la especie –seguimos razonando bajo el litigio relativo a las antenas– es compuesta por la incertidumbre científica en orden a no saber si vivir en la proximidad de una fuente de electromagnetismo puede generar a largo o a corto plazo un daño. Así, la incomodidad está configurada claramente por una fuente de riesgo de

[130] Casación, 2ª civil, 19 noviembre 1986, Boletín civil II, N° 172.
[131] G. MEMETEAU, *Droit de Biens,* 3ra. ed., Paradigme, Orléans, 2005, pp. 83 y ss.
[132] Casación, 1ª. civil, 27 noviembre 1844, Sirey 1844, 1, p. 211, Recueil Dalloz, 1845, 1, p. 13.
[133] Ver infra cita N° 135.
[134] En este sentido G. VINEY, *Les principaux aspects de la responsabilité civile des entreprises pour atteinte à l'environnement en droit français,* JCP G, 1996, I, 39000, N° 8.
[135] Ver supra N°s 39 y ss.

daño, el que además es hipotético. De esta manera, la óptica de análisis está centrada en el origen, no en los efectos de un proceso anormalmente molesto. Luego, la pregunta que cabe formularse corresponde a si dicha incertidumbre –la que se traduce en la incomodidad de que potencialmente pueda verificarse un daño, que en los hechos no es más que un riesgo hipotético del mismo– habilita para hacer efectiva una responsabilidad por conflicto anormal de vecindad. **Estimamos que no.**

65. **Creemos que el litigio referente a las antenas o a las fuentes de electromagnetismo no puede ser tratado bajo los límites de la teoría de los conflictos anormales de vecindad.** Sostenemos que el conflicto anormal obedece a un problema de estándares de molestia, que una vez traspasados tornan al conflicto en insoportable, no de riesgos hipotéticos. Además, las consecuencias del conflicto deben ser claramente percibidas por sus efectos, siendo éstas anormales (comprendiendo una amplia diversidad de especies[136]) según circunstancias de tiempo y de lugar, no en su origen, a diferencia de los problemas de electromagnetismo. Lo anterior obliga a analizar el problema desde un punto de vista objetivo, no subjetivo. En conformidad a lo expuesto, el conflicto anormal siempre ha sido razonado sin recurso a la apreciación de la susceptibilidad, o a condiciones particulares de la víctima[137]. En nuestro criterio, las palabras del profesor Ph. BRUN explican cabalmente la figura: "*es de principio en derecho positivo que el conflicto anormal no es el que ha sido resentido como tal por la víctima, en su subjetividad propia (...), sino más bien es aquel cuya naturaleza incomoda excesivamente a un individuo normal*"[138]. Estimar lo contrario como expresa el profesor Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, convierte al conflicto en: "*casi potestativo (...) abre una caja de pandora. Mañana cualquiera podrá sentirse afectado por la utilización de pesticidas en el terreno contiguo, otro por la cercanía a una línea de alta tensión, o a un transformador eléctrico*"[139].

66. **Podemos afirmar que el riesgo corresponde a la contingencia relativa a que la eventual producción de un evento pueda motivar la concretización de una consecuencia dañosa.** Lo indicado obliga a realizar una distinción. El riesgo puede ser por un lado probable, y en definitiva cierto; o, por otro, hipotético (como lo hemos denominado), imaginario (como lo

[136] Por ejemplo: **Vibraciones**, Casación, 2da. civil, 29.06.1977, N° 76-10.853; **Olores o humos desagradables**, Casación, 3ra. civil, 22.05.1997, N° 93-20.957; Casación, 2da. civil, 27.05.1999, N° 97-20.488; **Polvo**, Casación, 2da. civil, 28.01.1971, N° 69-14.085; **Lanzamientos constantes de pelotas de golf provenientes del terreno contiguo**, Casación, 3ra. civil, 9 mayo 2001, n° 99-16.260, etc.

[137] N. LEBLOND. *Feue la responsabilité pour trouble anormal du voisinage en matière d'antennes relais?*, RCA, N° 1, enero 2011, Estudio 2, N° 6.

[138] Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 1re éd., Paris, 2005, N° 623, por Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Antennes-relais: distinguer risque, trouble et préjudice sur fond de principe de précaution*, Revue Lamy Droit Civil, abril 2009, p. 20.

[139] Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, art. cit, loc. cit.

denomina el profesor Ph. STOFFEL-MUNCK[140]). Luego, el daño hipotético o imaginario, además de ser improbable, es inasegurable, definiéndose como el *"producto de conjeturas, sin que la experiencia concreta o la demostración lógica pueda verificarlo"*[141]. Es por ello que más adelante el indicado autor manifiesta que incorporar a la teoría de los conflictos anormales de vecindad la protección a la víctima de un riesgo de daño hipotético corresponde a una: *"extensión no menor de la noción"*[142].

67. **Por otra parte, aun cuando detectamos jurisprudencia en que bajo la teoría referida es protegida la víctima de un riesgo de daño, dicho riesgo siempre ha sido cierto, probable y apreciado por el juez sin ambigüedades.** Manifestamos como ejemplos el carácter de conflicto anormal de vecindad atribuido a los fardos que pueden causar un incendio[143], o a las ramas muertas de un árbol, que pueden causar un accidente tras su caída en una zona ventosa[144]. Afirmamos, asimismo –la seguridad jurídica lo impone– que el Derecho de la Responsabilidad no es el canal apropiado para hacer efectivos miedos infundados o poco sostenibles, pues la protección de la víctima hipotética o imaginada provoca a todas luces un atentado en contra de quien anticipada y apresuradamente es sindicado como victimario.

68. En fin, creemos no hay nada más lejano a los conflictos anormales de vecindad que la concepción de riesgos abstractos, hipotéticos o imaginados. Cerramos este punto con las palabras de la profesora M. BOUTONNET: *"la teoría de los conflictos de vecindad se aplica a los conflictos anormales, es decir, a los efectos resentidos concretamente por personas, bajo el carácter de precursores del daño, y no a los simples riesgos abstractos, que se sitúan antes del conflicto anormal, sin que sea demostrado ningún efecto concreto"*[145].

69. **Por su parte, es necesario destacar que no basta que exista un conflicto para reclamar la protección abarcada por la teoría, es vital que el conflicto sea anormal, es decir, que exceda los inconvenientes normales de un conflicto de vecindad.** Parte de la doctrina ha detectado una tendencia jurisprudencial a retener el carácter de anormal del conflicto a todo aquello que pueda general un daño sanitario[146]. Justifiquemos lo anterior

[140] Ph. STOFFEL-MUNCK, *La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais*, Recueil Dalloz, 2009, pp. 2817 y ss., N° 20.
[141] Ph. STOFFEL-MUNCK, art. cit, cita N° 46.
[142] Ph. STOFFEL-MUNCK, *Responsabilité civile*, JCP G N° 10, 04.03.2009, I, 123, N° 4.
[143] Casación, 2da. civil, 24.02.2005, N° 04-10.362.
[144] CA Aix-en-Provence, 10.12.2004, N° 03/06002.
[145] M. BOUTONNET, *La théorie des troubles anormaux de voisinage et le principe de précaution: une conciliation difficile*, Recueil Dalloz 2008, p. 2916.
[146] A. PENNEAU, *De quelques nouvelles variations sur le thème de la théorie du trouble anormal de voisinage*, *Revue Lamy Droit Civil* 2006/23, N° 947, por Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, art. cit., loc. cit.

volviendo sobre la, ya referida, sentencia de la **CA de Versailles**[147]. En efecto, dicha sentencia rechaza el argumento por el cual un conflicto anormal de vecindad deba ser descartado, porque la empresa responsable de la antena cumpla las normativas fijadas por el ente administrativo. Reconociendo, en seguida:" *"que el carácter anormal del conflicto causado se infiere en que siendo el riesgo de carácter sanitario generado por la antena implantada en la parcela N° 133 situada (...) en la proximidad del domicilio familiar, justifica ser una angustia ilegítima, constitutiva de un conflicto anormal".* Lo mismo había sido ya resuelto por el **TGI de Nanterre**[148], en que se ordenó: *"el carácter anormal del conflicto causado se infiere, pues siendo el riesgo de carácter sanitario, la concretización de este riesgo provocaría un daño a la persona de los vecinos y a la de sus hijos"*, agregando además que: *"el carácter anormal del conflicto proviene de las consecuencias sobre la salud humana"*, en igual sentido sentencia apuntada del **TGI de Toulon**[149].

70. Así las cosas es posible considerar que el riesgo hipotético de un daño que en rigor es imaginado no puede ser atendido bajo los parámetros de la teoría de los conflictos anormales de vecindad, por el solo hecho de afectar la salud pública. Dicho criterio es demasiado amplio, y lejano a un imperativo de justicia. **¿Podemos hablar de anormalidad cuando todos los seres humanos vivimos en torno a fuentes de electromagnetismo?** En este sentido, el profesor N. LEBLOND, refiriéndose a la situación de las antenas y a la anormalidad, sostiene que aun cuando *"la molestia suscitada por la presencia de una antena constituya un conflicto, este conflicto no podría ser considerado como anormal"*[150]. Si condujéramos esta corriente hasta el extremo estaríamos obligados a desconectar todas las antenas, pues todas ellas podrían alterar la salud de las personas. Me parece ingenuo.

71. **Lo ya expuesto nos permite sostener que la extensión de las fronteras de la teoría comentada ha sido una consecuencia jurídica de la intromisión del principio de precaución en la escena jurisprudencial francesa.** Somos claros en establecer que la teoría de los conflictos anormales de vecindad no ha sido más que la vestimenta utilizada para retener en rigor los postulados del principio precautorio. El fenómeno comentado ha dado lugar a una hibridación interesante, pero alejada de las clásicas bases conceptuales. En que las condiciones de acción de la teoría son propias del principio de precaución, mientras que sus efectos y condiciones, tributarios de la teoría de los conflictos anormales de vecindad[151].

[147] Ver supra cita N° 114.
[148] Ver supra cita N° 104.
[149] Ver supra cita N°102.
[150] N. LEBLOND, art. cit., N° 9.
[151] Ph. STOFFEL-MUNCK, *La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution: observations sur le cas des antennes relais*, art. cit, N° 22.

72. **Estimamos, además, que más allá de nuestros comentarios y los de la doctrina, los efectos que puede generar el fallo de la Corte de Casación de 18 de mayo de 2011**[152] **–al que hicimos referencia– tienen poder para restablecer el orden alterado, y para reafirmar a la teoría de los conflictos anormales de vecindad, en su dominio pertinente, excluyendo a los riesgos hipotéticos de su esfera de competencia.** Creemos que ello ya comenzó a rendir frutos, de acuerdo a las sentencias de las **CA de Lyon** y de **Aix-en Provence**, que citamos más arriba[153]. En este concepto, la primera de estas sentencias indicó (refiriéndose a la instalación de una antena): *"Los esposos (...) no hacen ninguna demostración contraria a las informaciones técnicas* (referentes a los estándares permitidos de electromagnetismo), *y no presentan tampoco ningún documento sobre la existencia efectiva de algún conflicto anormal personal (no correspondiendo a una preocupación que afecte su estado de salud)";* mientras que la segunda –rechazando una indemnización de perjuicios, demandada por causa de la angustia[154] provocada a causa de la instalación de una antena, y en definitiva rechazando la presencia de un conflicto anormal de vecindad–, estimó: *"el sólo sentimiento de angustia o ansiedad que alegan los apelantes, mientras que el riesgo invocado no es justificado, no puede significar que se haga derecho a su demanda de indemnización de perjuicios".*

73. Por último, creemos en la pertinencia de estos comentarios, toda vez que el anteproyecto de reforma de Derecho de Bienes, remitido a la Cancillería el 12 de noviembre de 2008[155], comprende positivamente, la técnica pretoriana de los conflictos anormales de vecindad. En este sentido, el artículo 629 expresa: *"Nadie debe causar a otro un conflicto que exceda los inconvenientes anormales de la vecindad".* Cabe entonces reformularse el problema relativo a los riesgos de daños, ya que éstos no fueron excluidos en el anteproyecto.

74. Corresponde a continuación apreciar cómo el perjuicio se ha visto alcanzado por la "onda expansiva" del riesgo.

B. El impacto del riesgo en el daño reparable

75. Producto del riesgo, el daño reparable ha experimentado una notable evolución. Es evidente cómo a partir de la dictación del CODE de 1804 los perjuicios no han cesado de aumentar. Consideramos como argumentos generales, por un lado, que las víctimas de hoy son menos tolerantes que las de ayer a los agravios que se les pueda provocar; y por otro, el carácter netamente

[152] Ver supra cita N° 118.
[153] Ver supra N° 51.
[154] Ver infra N°s 96 y ss.
[155] B. MALLET-BRICOUT, W. DROSS, *L´avant projet de reforme de droit du biens : premier regard critique,* Recueil Dalloz 2009, pp. 508 y ss.

económico que han adoptado los intereses convergentes en la sociedad, en que prácticamente todo es representativo de una valoración monetaria, sin escapar a dicha apreciación el cuerpo y los sentimientos. Hoy las actividades riesgosas han dado origen al reconocimiento jurisprudencial de nuevas especies de perjuicios. Figuras de un agravio complejo que lamentablemente han ido de la mano con el avance científico, no lo podemos negar. Naturalmente, su principal corolario es el agravamiento de las consecuencias, que por lo demás han sido devastadoras. Ilustra convenientemente este punto el profesor F. EWALD, quien apunta un claro ejemplo: *"cierto, el progreso técnico ha fortalecido considerablemente la seguridad de los medios de transporte y de las máquinas, pero cuando un accidente se produce, a menudo presenta proporciones mucho más importantes; por ejemplo los accidentes de carrozas, muy numerosos, pero poco graves, comparados a los accidentes de avión, raros, pero gravísimos"*[156].

76. En este sentido, lógicamente el agravio producido por la contaminación que cerca de 5000 personas hemofílicas (en su mayoría) sufrieron a consecuencia de transfusiones de sangre contaminada con Sida **(VIH)** y otras muchas con Hepatitis C **(VHC)**, es de una magnitud mayor **(a)**; así como la contaminación producida por el derrame de petróleo del "Erika", el cual permitió a la doctrina reconocer en esa especie de perjuicio el concepto de "daño ecológico puro" **(b)**. Por otra parte, el desarrollo de las ciencias se apunta como responsable de una nueva especie de agravio reparable, éste corresponde al perjuicio de angustia o ansiedad, el que se ha manifestado en diversas especies **(c)**.

a. Perjuicio específico de contaminación sanguínea

77. Un adecuado tratamiento de esta especial figura de daño resarcible impone analizar primero la contaminación sanguínea por causa de VIH **(1°)**, y luego la contaminación sanguínea por causa de VHC **(2°)**.

1°. En cuanto a la sangre contaminada con el virus del SIDA.

78. El drama de la sangre contaminada explota en Francia a partir de una investigación periodística publicada en el informativo *"L´evénement du jeudi"*, en donde se aseguraba tener pruebas relativas a que en 1985 el centro nacional de transfusiones sanguíneas había permitido conscientemente la transfusión de sangre potencialmente contaminada con SIDA. Finalmente, los miedos generados por el reportaje eran justificados. Resultado: contagio de cerca de 5.000 personas[157], la mayoría de ellas hemofílicas. Lo previo provocaría el nacimiento de una nueva especie de daño reparable: *"el perjuicio específico de contaminación"*.

[156] F. EWALD, "*Philosophie de la précaution, L'année sociologique*", 1996, vol. 46, N° 2.
[157] http://www.larousse.fr/archives/journaux_annee/1992/94/sang_contamine_du_drame_au_scandale

79. **En un principio, el derecho común fue la herramienta a través de la cual las víctimas transfusionadas intentaban obtener reparación.** En este sentido, el criterio de los tribunales consistía en pronunciarse sobre los caracteres inhabituales de los agravios derivados de tan particular fuente de los mismos: una transfusión de sangre. Se indica que *"el miedo a la muerte, reprobación o exclusión social, conflictos familiares y afectivos múltiples, etc."*[158], eran los principales motivos en que se fundaban las acciones de reparación. Sin embargo, la presión social, las dificultades probatorias y las consecuencias naturales de una catástrofe de una envergadura sin límites obligaron a que el legislador, siguiendo una técnica reparativa al estilo francés, instaurara un nuevo Fondo de Garantía, de acuerdo a la ley de 31 de diciembre de 1991. Así, un problema tan severo no quedó al margen de una regulación especial.

80. El nacimiento de esta especial figura de perjuicio es en conformidad a lo dispuesto en el artículo 47 de la ley de 31 de diciembre de 1991, ya enunciada. Dicha norma (que contó, en seguida, con el reconocimiento expreso de la CA de París primero[159], y luego de la Corte de Casación[160]), estableció: ***"el perjuicio personal y no económico de contaminación por el VIH cubre el conjunto de problemas en las condiciones de existencia producidas por la seropositividad y el acaecimiento de la enfermedad declarada. El perjuicio específico incluye así, en la etapa de seropositividad, todos los problemas sufridos por el hecho de la contaminación por el VIH: reducción de la esperanza de vida, incertidumbre en el futuro, miedos eventuales de sufrimientos físicos y morales, aislamiento, perturbaciones de la vida familiar y social, perjuicio sexual, y en su caso, impedimento de procreación. Incluye por otro lado los diferentes perjuicios personales que aparecen en la fase de la enfermedad declarada, aumento de sufrimientos, perjuicio estético y el conjunto de perjuicios de establecimiento consecutivos".***

81. **Desprendemos de la definición el carácter general, la naturaleza original y la uniformidad del perjuicio específico de contaminación.** Luego, su carácter general es manifestado a través de las claves de daños desprendidas de la misma, las que no son más que ejemplos representativos de la *"especial gravedad"*[161] de la situación descrita. Lo indicado obliga a analizar el fenómeno dañoso en su globalidad, lo cual se opone a una apreciación exclusivamente *in concreto* del daño[162]. Por otro lado, su carácter específico es

[158] P. JOURDAIN, "*Sida: le préjudice des transfusés contaminés devant la Cour de cassation*", RTD Civ. 1995 p. 626.

[159] En atención al número de sentencias, nos limitamos a señalar: Gazzette du Palais, ediciones de 19.12.1992, 09.03.1993, 13.05.1993, 27.11.1993.

[160] Casación, 2da. civil, 01.02.1995, Boletín Civil II, N° 42.

[161] G. VINEY, observación a propósito de: Casación, 2da. civil, 01.02.1995, N° 94-06.006; JCP 1995, I, 3893, N°s 23-25, por Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op.cit, N° 8523.

[162] En este sentido, Casación, 2da. civil, 01.02.1995, Bull. civ. II, N° 42 , en la que se confirma la jurisprudencia elaborada por la CA de París rechazando un recurso que defendía la exigencia de una

producto de las particulares consecuencias que representa el daño en la persona del afectado, las cuales son centradas en las angustias derivadas de una muerte casi programada[163]. Finalmente, la uniformidad básicamente puede ser ilustrada por la similitud de los efectos del agravio en las personas involucradas. Finalmente, dejamos en claro que el perjuicio específico de contaminación cubre por esencia el conjunto de daños extrapatrimoniales de las víctimas, mientras que los patrimoniales son sujetos a las normas del derecho común.

2°. En cuanto a la sangre contaminada con el virus de la hepatitis C.

82. El reporte de la red nacional de salud de 1995 estima que entre 500.000 y 600.000 personas habrían sido infectadas por el virus de la hepatitis C, a consecuencia de transfusiones sanguíneas[164].

83. **Lógicamente, fue planteado el problema respecto a si el concepto de *"perjuicio específico de contaminación"* podía ser extendido a otras enfermedades que presentasen características similares, y fueran capaces de generar riesgo vital.** Fue así como la sangre contaminada con hepatitis C saltó al estrado. En concreto, una persona había recibido en 1982 varias transfusiones sanguíneas a consecuencia de una operación. Posteriormente, en 1993 presentó los síntomas del virus de hepatitis C, la cual fue definitivamente establecida. La Corte de Casación, en fallo de 01 de abril de 2003[165], desprendiendo que los jueces de fondo habían constatado una hepatitis C crónica en estado avanzado, y enunciando las incidencias y los riesgos de evolución de la enfermedad, consideró que las **condiciones del perjuicio específico de contaminación estaban reunidas.**

84. El criterio expuesto por esta *"remarcable sentencia"*[166] no es otro que una aplicación extensiva del artículo L-3122-1[167] del Código de la Salud Pública, que puede desprenderse que la clave del perjuicio en comento ampara a toda persona que haya sido tratada con sangre completa, o con productos derivados de la sangre.

85. **Podemos ilustrar, asimismo, por medio de otra sentencia, la extensión del concepto.** En los hechos, la víctima de un accidente de tránsito, recibe a consecuencia del mismo varias transfusiones de sangre. Confirmado

apreciación exclusivamente in concreto del perjuicio personal y estimando que éste se oponía a una definición global del perjucio, por P. JOURDAIN, art.cit., loc. cit.

[163] P. JOURDAIN, art. cit, loc. cit.

[164] http://sos-net.eu.org/medical/transfus.htm#4

[165] Casación, 1ra. civil, 01.04.2003, N° 01-00.575.

[166] Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel, Systèmes d´indemnisation»*, 6ª edición, Dalloz, Paris, 2009, N° 146.

[167] *"Las víctimas de perjuicios resultantes de la contaminación por el virus de inmunodeficiencia humana causada por una transfusión de productos sanguíneos o una inyección de productos derivados de la sangre realizada en el territorio de la República francesa, son indemnizados en las condiciones definidas más abajo".*

el contagio, presenta una acción de responsabilidad en contra del Centro de Transfusión Sanguínea de los Alpes-Marítimos. La CA de Aix-en-Provence rechazó las pretensiones del demandante, fundándose en que *"el estado de salud de la afectada no ha justificado al día de hoy tratamiento específico, pesado e invalidante"* agregando más adelante *"que su estado no se ha agravado y por el contrario es estacionario"*, y además que *"el riesgo de evolución y agravamiento es incierto, los progresos constantes de la investigación permiten augurar el descubrimiento de tratamientos adaptados y eficaces"*. A su turno, la Corte de Casación[168], casando la sentencia estableció: *"que decidiendo de esta manera, sin investigar si la Sra (...) no acusaba angustias ni perturbaciones ligadas a esta contaminación, de naturaleza caracterizar un perjuicio específico de contaminación, mientras que este perjuicio puede ser justificado por sufrimientos morales presentados en consecuencia a tratamientos necesarios y por perturbaciones y angustias siempre latentes, la CA ha privado su decisión de base legal.*

86. **Concluimos esta sección con la afirmación sostenida por el informe Dintilhac[169], relativo a la nomenclatura de los perjuicios corporales, el cual es seguido por la Corte de Casación y tribunales menores en Francia,** en donde se establece dentro del género *"perjuicio ligado a las enfermedades evolutivas"*[170] a todas aquellas patologías susceptibles de progresar en cuanto a sus efectos dañinos, tales como las complicaciones derivadas de la exposición al asbesto, o la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob, entre otras. Así, podría estimarse que el perjuicio específico de contaminación no necesariamente debe ser limitado al VIH y al VHC. Sin embargo creemos, que esta afirmación debe ser matizada, pues el mencionado informe DINTILHAC trata el *"perjuicio ligado a las enfermedades evolutivas"* como una especie de perjuicio extrapatrimonial, en conjunto con el perjuicio de establecimiento, estético, sexual, etc. **Luego, estimamos que el perjuicio específico de contaminación no debiera ser reducido al perjuicio ligado a enfermedades evolutivas, pues éste no es más que una parcela de aquél.**

87. Corresponde ahora ilustrar otra especie de perjuicio, el cual ha presentado un impacto considerable en el derecho de la responsabilidad, hablamos del *"daño ecológico puro"*.

b. El perjuicio ecológico puro

88. Con el objeto de situarnos en el contexto histórico del definitivo nacimiento de la noción, debemos hacer referencia a otro lamentable suceso[171]. El 12 de

[168] Casación, 1ra. civil, 17.01.2008, N° 07/11760.
[169] Informe del grupo de trabajo encargado de elaborar una nomenclatura de perjuicios corporales, dirigido por J.-P. DINTILHAC, junio 2005.
[170] Informe DINTILHAC, p. 41.
[171] L. NEYRET, *Naufrage de l´Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l´environnement*, Recueil Dalloz 2008, pp. 2682 y ss.

diciembre de 1999 el petrolero "Erika", buque de bandera maltesa, y contratado por la empresa de combustibles TOTAL, se partió en dos, derramando cerca de 31.000 toneladas de petróleo dañando 400 kilómetros de costas atlánticas en Francia. Esta catástrofe medioambiental dio lugar a 13 años de proceso, culminando el pasado 25 de septiembre de 2012, con un fallo de la Corte de Casación en que se reconoce y confirma la tesis relativa a la existencia de un perjuicio ecológico puro.

89. Ahora bien. **Es clásico y justo el imperativo que establece que todo daño para que sea indemnizable, y en rigor un perjuicio, debe ser cierto, directo y personal. No obstante, una primera particularidad de la especie de agravio resarcible que nos proponemos reseñar corresponde justamente a una excepción al trío de exigencias señaladas.** En este sentido, el perjuicio ecológico puro está desprovisto del requisito de la personalidad de los daños reparables. Aun cuando esta dificultad fue salvada por los tribunales franceses incorporando dentro de los perjuicios materiales y morales irrogados a diversas asociaciones, las que defendiendo intereses colectivos de sus representados comprendían además gastos de restablecimiento del estado o medio en el cual se había producido la contaminación, de la fauna, u otros gastos accesorios[172]. Pero tal como se desprende del criterio de la profesora M. BOUTONNET, no había ningún reconocimiento jurídico que lo que se reparaba correspondía a una nueva especie de perjuicio[173].

90. Lo anterior –aun cuando el examen de la jurisprudencia permite desprender que las nociones incorporadas al concepto *"perjuicio ecológico puro"* ya habían sido detectadas en fallos aislados (como el conocido fallo Montedison, pronunciado por la **CA de Bastia**[174], en el que se condenó a una sociedad italiana a indemnizar a los departamentos de Córcega los daños irrogados a consecuencia de una polución marina, o la sentencia pronunciada por el **TGI de Narbonne**[175], en que retuvo: *"el parque natural regional de (...) teniendo en cuenta su misión legal, en el estado de los daños causados por la SARL SOFT al patrimonio natural comprendido en su perímetro, justifica entonces un interés directo a obtener reparación del perjuicio medioambiental sufrido por el patrimonio natural del parque"*, agregando además: *"conviene declarar la SARL SOFT responsable del perjuicio medioambiental sufrido por el patrimonio natural del parque regional de (...) de condenar a la SARL SOFT a pagarle a este título la suma de 10.000 euros)*– cambió de manera expresa a propósito del **litigio relativo**

[172] M. BOUTONNET, *Une nouvelle réparation du préjudice écologique par le juge du fond. - (à propos du jugement du TGI de Tours, 24 juill. 2008, N° 1747 D) Environnement* N° 10, octubre 2008, estudio 11, N° 12

[173] M. BOUTONNET*Une nouvelle réparation du préjudice écologique par le juge du fond . - (à propos du jugement du TGI de Tours, 24 juill. 2008, N° 1747 D)*, art. cit., N° 13.

[174] TGI Bastia, 04 julio 1985, *La réparation du dommage au milieu écologique marin a travers de deux expériences judicaires: Montedison et Amoco Cadiz, Gazette du Palais,* julio-agosto 1992, doctrina p. 582.

[175] TGI Narbonne, 04 octubre 2007, N° 935/07.

al naufragio del petrolero "Erika", el que ha marcado un antes y un después en la materia.

91. **Básicamente, en virtud de la reparación del *"perjuicio económico puro"*, al margen de la reparación patrimonial y extrapatrimonial, la parte civil puede obtener –como ítem autónomo– el resarcimiento de los daños generados al medio ambiente.** Destacándose además que esta especie de daño reparable se separa del carácter subjetivo del mismo, revistiéndose de una objetividad característica. La objetividad mencionada se manifiesta esencialmente en que el perjuicio no afecta a la persona, sino a la colectividad (es por eso que se habla de perjuicio colectivo) o a la humanidad entera. Por consiguiente, la parte civil no es más que un canal entre el juez y la naturaleza agraviada, que reclama por un resarcimiento

92. En este sentido, **el TGI de París**[176], primero, reteniendo la figura en referencia, estableció: *"las colectividades territoriales, que reciben de la ley una competencia especial, en materia de medio ambiente, confiriéndoles una responsabilidad particular por la protección, gestión y conservación de un territorio, pueden demandar reparación, sobre un daño causado al medio ambiente sobre este territorio"*. Posteriormente, la **CA de París**[177] acordó a las partes civiles (Estado, colectividades, asociaciones) 200,6 millones de euros a título de indemnización de perjuicios (contra 192,5 de primera instancia), dentro de los cuales 1,3 millones de euros corresponden al perjuicio ecológico. El mencionado fallo confirmó la extensión de las personas indemnizables: así, no se trata exclusivamente de sociedades, cuya actividad ha sido afectada como consecuencia de una "marea negra", o de un departamento, también de comunas. Confirmó además la reparación de perjuicios materiales: gastos de restablecimiento ligados a la limpieza de las playas, y a la recuperación de la fauna, pérdida de activos, y lo más importante, **retuvo la reparación a título de perjuicio ecológico.**

93. **Hasta aquí, la guerra aún no estaba ganada, la contraria elevó la causa en casación. Se sostuvo que los daños ecológicos generados no eran de competencia de Francia, pues el naufragio se había producido fuera de aguas territoriales.** Dicho argumento fue rechazado por la Corte de Casación en fallo indicado más arriba, producto de que los daños habían afectado el medio marino francés. En definitiva, la Corte de Casación consideró formalmente la noción de perjuicio ecológico, lo que habilita, desde ahora, para demandar una reparación ya no sólo centrada en los agravios materiales y morales sufridos, sino también por el perjuicio generado a los ***"activos medioambientales no comerciales"***[178].

[176] TGI París, 16.01.2008, JCP G 2008, I, 126, observaciones K. LE COUVIOUR.
[177] CA París, 30 marzo 2010, N° 08/02278.
[178] Casación, cámara criminal, 25.09.2012, N° 10/82938.

94. **En fin, hacemos presente además que el criterio señalado por los diversos estamentos jurisdiccionales se encuentra enmarcado en una estricta observación legal.** En concreto, la reparación de los agravios a la naturaleza encuentra apoyo de peso en la ley de 1° de agosto de 2008, *la que transcribe la directiva europea sobre responsabilidad medioambiental* de 21 de abril de 2004, que se refiere exclusivamente a los daños causados al medio ambiente (art. 160-1 Código del Medio Ambiente[179]).

95. Finalmente, concluiremos esta sección mediante ilustraciones de una creación jurisprudencial de perjuicio, aún desprovista de reconocimiento legislativo, el perjuicio específico de angustia o ansiedad.

c. El perjuicio específico de angustia o ansiedad

96. El perjuicio específico de angustia o ansiedad, creación esencialmente jurisprudencial, ha sido retenido en Francia como consecuencia de diversas situaciones dañosas. **Posee un amplio margen de maniobra, toda vez que el volumen de subjetividad, propio de la generalidad de los daños extrapatrimoniales resarcibles, es elevado considerablemente. Así las cosas, sostenemos que en ciertas ocasiones podría considerarse como justificado el retenerlo, o a lo menos es más convincente; mientras que en otras parece no ser más que una de las desastrosas consecuencias de la "*ideología de la reparación*", que se vive en nuestros días.** En este sentido, si bien ciertos avances jurídicos han permitido blindar a la víctima con una serie de prerrogativas que antes no tenía (como por ejemplo el reconocimiento de nuevas especies de perjuicios), dichas herramientas, cuando son utilizadas generalizándolas en extremo, provocan un escenario de arbitrariedad, el cual es justamente lo que se intenta evitar. En conformidad a lo anterior, nos referiremos al perjuicio específico de angustia o ansiedad en los dos escenarios en que particularmente han sido retenidos en Francia: por un lado, la incertidumbre **(1°)**, y por otro, la representación **(2°).**

1°. La incertidumbre y el perjuicio de angustia o ansiedad.

97. La incertidumbre o inseguridad en las consecuencias evolutivas de un daño efectivamente provocado, constituyen una importante fuente de esta particular especie de perjuicios. Es del caso agregar, que al haber acaecido efectivamente el hecho generador del daño, el perjuicio de angustia es susceptible de una mensurabilidad fáctica por el tribunal. Los litigios concernientes a la sangre contaminada con hepatitis C (resueltos con anterioridad al año 2003, en que

[179] *"El presente título define las condiciones bajo las cuales son prevenidas o reparadas, en aplicación del principio quien contamina paga y a un costo razonable para la sociedad, los daños causados al medio ambiente por la actividad de un explotante".*

el daño extrapatrimonial de la víctima fue cubierto por el perjuicio específico de contaminación[180]) y los referentes al aire contaminado, constituyen casos emblemáticos, aunque no los únicos.

98. Las ilustraciones. **La Corte de Casación**[181], en un litigio referente a sangre contaminada con el VHC, expresó: *"pero la evolución de esta afección pudiendo ser dura, la víctima debe someterse a la vigilancia médica estricta y regular, la CA ha retenido que la ansiedad resultante de esta medida y la necesidad de una vigilancia médica deben ser indemnizadas"*. En otro litigio referente a lo que se conoce como "aire contaminado", la **CA de Douai**[182] indicó: *"perjuicio moral cierto, caracterizado por la angustia de estar afectado por una enfermedad evolutiva ligada al asbesto; los cercanos testimonian el cambio de su carácter después del diagnóstico de la enfermedad. El señor (...) devino irritable y agresivo"*. Asimismo, la **Corte de Casación**[183], respecto de las consecuencias inciertas en la persona de un detenido, en circunstancias que la detención fue finalmente declarada como indebida, fijó: *"el impacto sicológico sufrido, en circunstancias que se encuentra agravado por la lejanía de la familia y por las medidas de alejamiento y de vigilancia reforzada que han sido provocadas por las encarcelaciones sucesivas, fue acentuada en el segundo período de detención por la importancia de la pena pronunciada, lo que se manifiesta por crisis de angustia"*.

2°. La representación y el perjuicio de angustia o ansiedad.

99. **La ausencia de verificación de hecho generador de responsabilidad, y por tanto, la ausencia de daño a consecuencia del mismo, nos ha motivado a recurrir a la representación como término de enfoque de esta parte del trabajo.** Sin embargo, no obstante sea la representación de un eventual daño la que motiva la acción indemnizatoria, el juez se ha mostrado proclive a declarar la existencia de un *"perjuicio de angustia"*. En este contexto, la citada sentencia de la **CA de Versalles**[184] consideró la desconexión de una antena de telefonía, con el argumento de *"hacer cesar el perjuicio moral resultante de la angustia creada y sufrida"*. Por otro lado, respecto del daño potencial ocasionable a los portadores de una sonda auricular defectuosa, la **CA de Paris**[185] manifestó: *"el anuncio de la peligrosidad potencial, presentada por este material, que tuvo por consecuencia directa en un primer tiempo, y con anterioridad a su retiro, de aumentar la vigilancia médica del paciente, ha ineluctablemente creado en él un sentimiento de angustia, aun cuando el riesgo de lesión, de muerte, en caso de ruptura del cable metálico y de*

[180] Ver supra N°s 82 y ss.
[181] Casación, 1ª civil, 09.07.1996, 94/12.868.
[182] CA París, 13.05.2009, N° 08/00627.
[183] Casación, 05.12.2005, 05-Cámara de reparación de detenciones (CRD)-017.
[184] Ver supra cita N° 114.
[185] CA París, 12.09.2008, N° 07/05802.

salida de la sonda, no se verificó. El paciente entonces ha sufrido un daño cierto, aun cuando se encuentra expuesto a un daño estadísticamente débil". **En este último caso, además de representación agregamos fatalidad. En definitiva, la utopía del riesgo cero también cuenta con argumentos jurisprudenciales.**

100. **Estimamos que más allá de las discusiones sobre el estadio en el que se enmarque el perjuicio de angustia, es del todo necesario que dicho perjuicio sea cierto.** La profesora C. CORGAS-BERNARD[186] propone la evaluación del perjuicio mediante *análisis siquiátricos*, y su determinación pecuniaria mediante *baremos o referenciales* que alejen el fantasma de la arbitrariedad en su determinación. La misma autora manifiesta la imperiosa necesidad de la motivación de las sentencias por los tribunales, haciendo hincapié en el carácter *"ineluctable"*, sin más, que es retenido por el fallo recientemente apuntado, agregando: *"La Corte de Casación no debería dudar en censurar estas decisiones, netamente por falta de motivos o por falta de base legal"*. Coincidimos en la apreciación. Creemos que los límites entre los cuales debiera enmarcarse el perjuicio de angustia, a lo menos deberían ser estrictos, y no permitir interminable el baile de muñecas rusas, relativo a la diversidad de parcelas subjetivas en que este perjuicio podría encuadrarse. **La propuesta relativa a su identificación con el perjuicio ligado a las enfermedades evolutivas, del citado informe DINTILHAC, nos parece adecuado[187].**

101. A nuestro juicio, el perjuicio de angustia no deber abarcar cualquier tipo de incomodidad espiritual causado por alguna situación. A lo menos dicha situación debería ser grave. Conviene traer a colación las palabras del profesor J.-S. BORGHETTI, quien observa: *"no todo agravio constituye un perjuicio, sino que además no todo perjuicio es necesariamente reparable"*[188]. Vivimos en un mundo en que el afán resarcitorio es tal, que pareciera que para la menor molestia debería existir un perjuicio específico. Manifestamos que, no obstante que el establecimiento de perjuicios denota avances en la reflexión del derecho, en otras materias no es más que la materialización de una búsqueda reparatoria a toda costa. No podemos dejar de citar al profesor Le Tourneau, quien refiriéndose a la problemática expone: *"las razones fundamentales de esta expansión continua obligan a la conjunción de dos lógicas diferentes. De un lado, la de los derechos del hombre de segunda generación, conducentes a prestar una atención profunda a las situaciones individuales, no solamente a las necesidades, sino también a los deseos de los*

[186] C. CORGAS-BERNARD, *Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir?*, RCA N° 4, abril 2010, estudio 4, N° 32.
[187] C. CORGAS-BERNARD, art. cit., N° 31.
[188] J.-S. BORGHETTI, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle in Études offertes à Geneviève Viney,* Liber Amicorum, LGDJ, París, 2008, p. 149.

individuos: toda frustración deviene un perjuicio que reclama un responsable. De otro lado, la lógica del mercado empuja a la multiplicación de los bienes: todo vale tanto, comprendiendo el trabajo o la salud y en definitiva la vida (...). La responsabilidad deviene una mercadería como cualquier otra, que se intercambia en el mercado del seguro (...). La ideología de la reparación se alimenta así del mercantilismo..."[189].

102. Finalmente, refirámonos al riesgo y su impacto en la causalidad.

C. El impacto del riesgo en el vínculo de causalidad

103. El robustecimiento de la posición de la víctima ha dado lugar en Francia al aparecimiento de diversas presunciones en el confuso terreno de la casualidad. El mencionado mecanismo jurídico, obrando fundamentalmente en el terreno biomédico, y adoptando caracteres judiciales o legales, ha permitido a la víctima liberarse de la prueba del nexo causal. Analizaremos este segmento, en primer lugar, refiriéndonos a las **presunciones judiciales o por el "hecho del hombre" (a),** para posteriormente describir algunas **presunciones reconocidas expresamente por el legislador (b).**

a. En cuanto a las presunciones de hecho o judiciales

104. Diversos focos han permitido a las víctimas prevalerse de una presunción de hecho, a saber: esclerosis en placas a consecuencia de la aplicación de la vacuna contra la hepatitis B **(1°),** el cáncer de útero o vagina como efecto de la ingesta del medicamento Distilbène **(2°)**, o las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias como secuela de una intervención o tratamiento médico **(3°).**

1°. La esclerosis en placas a causa de la aplicación de la vacuna contra la hepatitis B.

105. Hacemos presente que el recurso a las presunciones en este punto es de corta data. Del análisis jurisprudencial, es perfectamente posible distinguir tres etapas de desarrollo. De la primera se desprende el rechazo del recurso a las presunciones, mediante una estricta apreciación de la causalidad jurídica reducida a términos científicos **(i)**; de la segunda, la aceptación del mecanismo jurídico en términos generales, estableciéndose que la determinación de un vínculo causal no necesariamente debe obedecer a una directriz científica **(ii)**; y de la tercera, la incorporación en el ejercicio judicial de la Corte de Casación del respeto por el poder soberano de los jueces de fondo, en cuanto a la apreciación de los factores que conduzcan al tribunal inferior, a retener o no la presunción en la especie **(iii)**.

[189] Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., N° 29.

i. Primera etapa, la omnipotencia de la prueba científica.

106. **La Corte de Casación**[190], en el año 2003, estableció que la responsabilidad de un productor es sometida a la condición que el demandante pruebe, además del daño, el defecto del producto y el vínculo de causalidad entre el defecto y el daño.

107. En los hechos, una persona recibió, el 8 de noviembre y el 21 de diciembre de 1995, dos inyecciones de la vacuna antihepatitis B "Engerix B", fabricada por un laboratorio farmacéutico, y en 1996 se enteró que ella se encontraba afectada por la enfermedad denominada "esclerosis en placas". El afectado demandó al laboratorio farmacéutico la reparación de su perjuicio. La sentencia, impugnada por el laboratorio[191], **dio lugar a las pretensiones del demandante** –luego de haber detectado que el origen de la enfermedad era desconocido y que ni los expertos ni los estudios científicos concluían en la existencia de una asociación entre la vacuna y esta enfermedad–, estableció además: que tal asociación no puede ser excluida de forma cierta, que el demandante estaba en perfecto estado de salud hasta la primera inyección de la vacuna, que existe concordancia entre la vacuna y la aparición de la enfermedad igualmente constatada en otros enfermos, y que no hay en el caso del demandante ninguna otra causa que haya motivado la enfermedad. Dedujo, en rigor, que la vacuna fue el factor que originó la enfermedad desarrollada por el demandante y que el daño causado establece una ausencia de seguridad a la que su utilizador podía legítimamente estarse, demostrando ello la defectuosidad del producto. La Corte de Casación declaró, en definitiva: *"que decidiendo así, sin observar las consecuencias legales de las constataciones, de las cuales resultaba que el defecto de la vacuna como el vínculo de causalidad entre la vacuna y la enfermedad no podían ser establecidas, la Corte de Apelaciones violó los artículos 1147 y 1382 del Código Civil".*

108. Apreciamos entonces el rechazo expreso de la Corte de Casación a aceptar la tesis que mediante presunciones pudiera salvarse la prueba de causalidad entre el producto (vacuna) y la enfermedad. **No obstante, dicho criterio no presentaba una vocación de eternidad; la presión de los enfermos, que a la vez eran presos de falta de prueba científica que los amparara, felizmente para ellos, pudo más.**

ii. Segunda etapa, el paso a las presunciones:

109. **La Corte de Casación**[192]**, en el año 2008, cambió el criterio, el *dogmatismo científico* es dejado de lado y el *pragmatismo jurídico* entra**

[190] Casación, 1ra. civil, 23.09.2003, N° 01/13.063.
[191] CA Versailles, 02.05.2001, P. JOURDAIN, *Causalité juridique et incertitude scientifique. Causalité juridique et incertitude scientifique. A propos du lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et l'apparition de la sclérose en plaques*, RTD civ. 2001, p. 891.
[192] Casación, 1ra. civ, 22.05.2008, tres especies: N° 06/10.967, 05-20.317, 05/10.593, 06-14.952, 06/18.848.

en escena[193]**.** Revisemos uno de los fallos[194]. Un trabajador presentó síntomas de una esclerosis en placas, poco después de haber sido vacunado en el cuadro del cumplimiento de una obligación para con los miembros del personal de la clínica en donde se empleaba. El trabajador demanda al laboratorio. La sentencia impugnada[195] rechazó las demandas del trabajador fundándose en que el vínculo de causa a efecto entre la enfermedad y la vacuna era científicamente imposible de probar y estadísticamente improbable. La sentencia es casada, bajo el fundamento de los artículos 1353 y 1382 del Código Civil, reprochándose lo siguiente: *"haber decidido en referencia a una aproximación probabilística deducida exclusivamente de la ausencia del vínculo científico y estadístico entre la vacunación y el desarrollo de la enfermedad, sin investigar si los elementos de prueba que le habían sido presentados constituían o no presunciones graves, precisas o concordantes del carácter defectuoso de la vacuna litigiosa, como del vínculo de causalidad entre un eventual defecto y el daño sufrido"*. Apreciamos como la prueba del vínculo causal puede efectuarse hoy en virtud del recurso a las presunciones graves, precisas y concordantes, a pesar de la incertidumbre científica, traducida en el peor verdugo de los enfermos. Se exige además que los jueces de fondo motiven sus sentencias bajo este criterio. Luego, en caso de la retención de la presunción, corresponderá a los laboratorios demostrar que el contagio se verificó por otra causa o la inocuidad de la vacuna. **Aplicándose en definitiva lo que podríamos entender como carga dinámica de la prueba**[196]**, pues *"se hará pesar sobre quien tenga la mejor aptitud a la prueba el riesgo ligado a la duda científica"*[197].**

110. Pues bien, a continuación del fallo recientemente citado, fue aplicada por la Corte de Casación lo que denominaremos una verdadera *"técnica jurisdiccional-pedagógica"*. En efecto, de la lectura de las sentencias apreciamos que el máximo tribunal, más que casar sentencias de CA, observó un estricto poder ilustrador; respecto, primero: de los indicios que deben ser considerados como presunciones precisas, graves y concordantes; y segundo: que dichas presunciones son suficientes para configurar un vínculo causal cierto entre el hecho del producto y la enfermedad.

111. Así, por ejemplo, en otro caso, un niño de 6 años recibió tres inyecciones de vacuna, separadas por algunos días. Luego de la tercera inyección, presentó daño neurológico, caracterizado por convulsiones y una epilepsia severa, complicaciones físicas que evolucionaron, traduciéndose en una degradación

[193] En este sentido, Ch. RADÉ, *Vaccination anti hépatite B et sclérose en plaques: le tournant?,* RCA N° 7, Juillet 2008, étude 8, N°s 5 y ss.
[194] N° 05-20.317.
[195] CA Angers, 30.05.2005, N° 04/00283.
[196] Expresión que ha atribuido la doctrina al artículo 294 inciso 2° del proyecto de reforma al sistema procesal civil chileno.
[197] En este sentido, Ch. RADÉ *Les présomptions d'imputabilité dans le droit de la responsabilité civile,* Mélanges en l'honneur de Ph. le TOURNEAU, Dalloz, París, 2008, N°s 25 y ss.

intelectual que se estabilizó tres años después. Los padres del menor dirigieron una acción de responsabilidad en contra del laboratorio fabricante de la vacuna y del médico que la prescribió. **El Tribunal de Alzada rechazó las pretensiones del menor y su familia, en razón de un defecto de prueba formal de un vínculo causal directo y cierto entre la inyección y el origen de la enfermedad.** Sin embargo, la sentencia había constatado la ausencia, en la historia y en los antecedentes familiares del menor, de elementos susceptibles de evocar a título del origen de la enfermedad neurológica, reconociendo además la existencia de una eventual **causalidad probable entre el hecho de la vacuna y el desarrollo de la patología.** Además, que dos expertos no habían excluido la posibilidad de que había sido la vacuna la que estuviera a la cabeza de la enfermedad, corroborado ello por la naturaleza del producto y por la cronología de los eventos.

112. Desprendemos la rigurosidad extrema de la sentencia de CA, en que no obstante retener una eventual *"causalidad probable"*, finalmente opta por rechazar las pretensiones del menor, exigiendo una prueba formal de vínculo causal efectivo, fundado en una prueba científica. Luego, frente al rechazo en las demandas, **la Corte de Casación**[198] no mostró su indiferencia. Por consiguiente, casa la sentencia por motivo de violación de ley, toda vez que la CA exige la demostración de *"una prueba científica cierta, cuando el rol causal puede resultar de simples presunciones, siempre que sean graves, precisas y concordantes"*. Recordando, en definitiva, tal como cita el profesor P. JOURDAIN, que en materia de *"causalidad jurídica la certeza requerida es siempre relativa"*[199].

113. **Sin perjuicio de lo expuesto, nada es menos seguro que las presunciones graves, precisas y concordantes, aun en escenarios en que es razonable retenerlas, serán acogidas sistemáticamente.** Toda vez que la Corte de Casación reconociendo el poder soberano de los jueces de fondo en la valoración de los hechos conducentes a resolver el asunto vía presunciones, ha abierto la puerta a decisiones divergentes, generándose con ello un natural clima de incertidumbre jurídica.

iii. Tercera etapa, el respeto por el absoluto poder apreciativo de los jueces de fondo.

114. No obstante lo reseñado más arriba, la Corte de Casación ha manifestado últimamente una obediencia irrestricta al poder apreciativo de los jueces de fondo, dando como resultado el nacimiento de un escenario de inestabilidad. **La doctrina no ha guardado silencio respecto de esta actitud, mien-**

[198] Casación, 1ra. civil, 25.06.2009, N° 08/12.781.
[199] P. JOURDAIN, *Lien de causalité entre vaccination et maladie apparaissant ultérieurement : la jurisprudence s'affine*, RTD civ. 2009, p. 723.

tras el profesor Ch. RADÉ califica el proceder como digno de Poncio Pilato[200], el profesor Ph. BRUN, sin oponerse, exige sin embargo una mayor definición[201].

115. Ilustremos una vez más. Una mujer recibió entre enero de 1994 y junio de 1995 tres inyecciones contra la hepatitis B. Quince días después de la última inyección, diversos síntomas de alguna enfermedad aparecieron, se trataba de una esclerosis en placas. Las pretensiones de la enferma fueron rechazadas por la CA de París[202]. El rechazo se fundó, por un lado, en razón de ausencia de prueba formal entre el hecho de la vacuna y la enfermedad, tanto de la defectuosidad del producto como del nexo causal, no obstante la existencia de elementos que permitían retener una presunción judicial. Por otro, la Corte de Casación[203] ordenó: *"(...) la Corte de Apelaciones* ***estimó soberanamente*** *(...) la circunstancia que la señora X no presentara ningún antecedente familiar o personal y el hecho que los primeros síntomas de la enfermedad hubieran aparecido quince días después de la última vacuna* ***no constituyen presunciones graves, precisas y concordantes, de suerte que no se establece una correlación entre la enfermedad de la Sra. X y la vacuna".***

116. **Aun cuando nuestro estudio del Derecho Civil francés está en ciernes, no dejamos de verificar una contradicción evidente**. La prueba de la causalidad mediante presunciones de hecho o judiciales y el poder de su apreciación entregado soberanamente a los jueces de fondo, puede conducir a resultados dispares, por decir lo menos. Mientras que a partir de mayo de 2008, las presunciones enseñadas por la Corte de Casación se basaban en la ausencia de antecedentes familiares o personales y en la cronología de los síntomas, para dar por establecido un vínculo de causalidad, en menos de dos años, su criterio (no sabemos si cambió) es reservado al más estricto de los silencios, pues ahora nada puede o quiere manifestar. **En definitiva, los enfermos siguen siendo presos de la prueba científica, respecto de una enfermedad que no han buscado, y la Corte de Casación es presa de los vaivenes del criterio apreciativo de los jueces de fondo, a causa de una observancia desmesurada de un principio, paradojalmente por ella misma invocado.**

117. Las consecuencias desastrosas de la ingesta del medicamento Distilbène constituye otra fuente de presunciones de hecho.

---

[200] Ch. RADÉ, *Causalité juridique et causalité scientifique: de la distinction à la dialectique*, RTD civ. 2012, pp. 112 y ss., N° 11.

[201] Ph. BRUN, *Raffinements ou faux-fuyants? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B (à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2010)*, Recueil Dalloz 2011 pp. 316 y ss.

[202] CA Paris, 19.06.2009, N° 06/13741.

[203] Casación, 1ra. civ, 25.11.2010, N° 09/16.556.

2°. El cáncer de útero o vagina a causa de la ingesta de Distilbène.

118. Habiéndonos referido ya a esta situación, a propósito de las consecuencias –estimamos– positivas aparejadas a la intromisión del "principio de precaución" en el Derecho de la Responsabilidad Civil[204], corresponde ahora analizarla desde el punto de la presunción de causalidad.

119. Los litigios concernientes a este segmento constituyen una especie palpable de los avances en materia de protección a las víctimas. Si bien en principio correspondía a las víctimas producir la prueba de su exposición a la molécula *in utero* (recordemos que quienes padecieron el cáncer son las hijas de las madres a quienes les recetaron el medicamento), la **Corte de Casación**[205], en septiembre de 2009, reconoció las dificultades de la misma, en otras palabras, la imposibilidad de su verificación. Así el máximo tribunal, alterando la regla del *onus probandi,* atribuyó una responsabilidad solidaria a los dos laboratorios involucrados en la distribución del medicamento. Por consiguiente, corresponderá a los fabricantes rendir la prueba de no encontrarse al origen del daño, lo cual es extremadamente difícil. Hacemos presente que, a diferencia de las consecuencias de la exposición a la hepatitis B, acá no hay dudas que Distilbène produjo el daño. La Corte de Casación resuelve, particularmente considerando que los laboratorios involucrados mantuvieron en el mercado el producto hasta 1976, a sabiendas que en USA se había retirado en 1971. Incluso contra el mérito de informes científicos.

120. **En rigor estamos en presencia de una presunción de causalidad denominada alternativa,** así como el profesor Grenoblés Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ expone: *"En los dos casos, el perjuicio es imputable a una sola persona indeterminada, entre varias determinadas. Esta situación puede ser denominada causalidad alternativa. Una situación de causalidad alternativa existe entonces cuando, entre una pluralidad de actividades similares, cada una siendo suficiente para producir el daño respectivo, una sola (o algunas, pero no la totalidad) está efectivamente en el origen del daño. La víctima es, en tal caso, capaz de probar que su daño proviene de uno de los hechos generadores, sin necesidad de demostrar cuál, lo que prohíbe a priori una imputación de causalidad"*[206]. **Agregamos, tal como reconoce el profesor P. JOURDAIN**[207]**, que el vínculo de causalidad en definitiva presunto, no es el que une al producto y al daño, sino el que une al producto con su fabricante.** La relación entre producto

[204] Ver supra N°s 54 y ss.
[205] Casación, 1ra. civ., 24.09.2009, N° 08/10.081 y N° 08/16.305. (Cf. supra N° 55: la sentencia de 07.03.2006 se pronunció sobre la culpa en el cumplimiento del deber de vigilancia de los laboratorios, mientras que las sentencias de 24.09.2009, sobre el vínculo de causalidad entre la culpa del laboratorio y los daños irrogados a las víctimas.
[206] Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *« La fiction de la causalité alternative, fondement et perspectives de la jurisprudence "Distilbène" »*, Recueil Dalloz 2010 p. 1162.
[207] P. JOURDAIN, *Auteur non identifié au sein d'une pluralité d'auteurs possibles: l'extension des présomptions de causalité aux infections nosocomiales,* RTD Civ. 2010 pp. 567 y ss.

y el daño ya está probada con el incumplimiento al deber de vigilancia que los eventuales fabricantes observaron respecto del producto. Por su parte, podría incluso afirmarse que más que causalidad, nos encontraríamos en el terreno del *rattachement* o vinculación. Sin embargo, afirmamos que bien hablamos de causalidad, pues la indeterminación del fabricante es evidente.

121. En fin, indudablemente lo particular de esta especie de litigios y de la consecuencial respuesta de la Corte de Casación es que es efectivo que todos los sujetos involucrados (laboratorios) en rigor habían observado el hecho generador de responsabilidad, pero con certeza sólo uno de ellos estaba a la cabeza del daño, sin que los otros hayan participado en absoluto en éste. **Lo indicado es definido por QUÉZEL-AMBRUNAZ como una ficción de responsabilidad, pues: *"En materia de causalidad alternativa, rechazar las pretensiones de la víctima no es ni más ni menos ficticio que indemnizarla"*[208].**

122. El criterio judicial aplicado en esta parcela también ha sido apreciado en cuanto al tratamiento jurisprudencial de las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias.

3° Infecciones intrahospitalarias o nosocomiales como efecto de intervenciones, tratamientos o admisiones en establecimientos médicos.

123. La prueba de la infección nosocomial o intrahospitalaria debe ser premunida por la víctima. A modo de ilustración citamos el fallo de la **CA de Bordeaux**[209], del cual se colige que la responsabilidad sin culpa del hecho de las infecciones nosocomiales: *"no puede ser comprometida a condición de probar que la infección fue contraída en los locales del establecimiento y a la ocasión de los cuidados, prueba que debe ser producida por la víctima"*. **La Corte de Casación**[210], por su parte, fijó a su turno: *"Incumbe al paciente o a sus causahabientes demostrar el carácter nosocomial de la infección, incluso por presunciones graves, precisas y concordantes"*. En este sentido, incluso ha sido retenido que si los síntomas de la infección nosocomial aparecen dentro de 48 horas después de la admisión del paciente, se deduce que la infección no ha sido contraída en el establecimiento de salud[211].

124. Presenciamos en este dominio la extensión de la órbita fáctica de las presunciones. En efecto, la **Corte de Casación**[212] estableció: *"cuando la prueba de una*

[208] Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, art. cit, loc cit.
[209] CA Bordeaux, 12.11.2002, N° 01/01608.
[210] Casación, 1ra. civil, 30.10.2008, 07/13.791.
[211] J. GONTIER, J. ICARD y F.-J. PANSIER, *"Bilan jurisprudentiel des trois dernières années en matière de responsabilité médical"*, *Gazzette du Palais* 2002, 1, doctrina, p. 1748, por L. KOURY, art. cit, cita N°73.
[212] Casación, 1ra. civil, 17.06.2010, N° 09/67.011.

infección nosocomial es aportada, pero ésta es susceptible de haber sido contraída en varios establecimientos de salud, pertenece a cada uno de ellos, respecto de los cuales su responsabilidad está involucrada, establecer que está al origen de la infección". El caso corresponde a una persona que en el año 2000 había contraído una infección, luego de haber recibido cuidados en dos establecimientos. Si bien la regla es que el afectado demuestre la infección nosocomial y pruebe que ella ha sido contraída en un establecimiento específico, en este caso era imposible acreditarlo.

125. **En este caso, tal vez es conveniente analizar la situación, mediante una apreciación pragmática: ¿qué es más dañino?, ¿hacer que la víctima soporte el riesgo de la infección, en circunstancias que los establecimientos médicos lo crean, o hacerlos responsables del daño provocado solidariamente?, ¿es realmente justo que por un defecto de prueba de nexo causal la víctima quede sin reparación? Estimamos que no.** La protección a la víctima debe primar. Por otro lado, el resultado en esta figura de daño si bien es el mismo que respecto a las consecuencias del Distilbène, en los hechos es más drástico. Toda vez que en el caso del referido medicamento todos los laboratorios temerariamente mantuvieron en el mercado un producto dañino. Luego, la decisión judicial es más bien una sanción a su negligencia manifiesta en su deber de vigilancia. Es otra la situación de los establecimientos de salud, pues es exclusivamente uno de ellos el que está a la cabeza del daño, y el tribunal, por proteger a la víctima e impedir que quede sin reparación, condena a ambos.

126. Presunciones legales de responsabilidad también han enriquecido el Derecho de la Responsabilidad en Francia, concluiremos nuestro trabajo con referencia al mencionado desarrollo.

b. En cuanto a las presunciones legales

127. Enfocaremos este punto de acuerdo a las presunciones establecidas por el legislador en la ley de 4 de marzo de 2002, a la que hemos hecho referencia. Así, iniciaremos el análisis por la presunción legal de responsabilidad respecto de la contaminación transfusional con el virus del Sida **(1°)**, y terminaremos con la presunción legal de responsabilidad respecto de la contaminación transfusional con el virus de la Hepatitis C **(2°).**

128. A título de generalidad, mencionamos que los productos sanguíneos presentan una particularidad considerable, en la medida en que no es el establecimiento hospitalario el que se hará responsable del hecho del defecto del producto sanguíneo, sino el Establecimiento Francés de la Sangre (EFS), que es un establecimiento público, según lo dispuesto en el artículo L.1223-1 del Código de la Salud Pública. Luego, la responsabilidad es comprometida respecto del EFS, en sede administrativa.

1° Presunción legal relativa a la contaminación transfusional con el VIH.

129. El legislador, según se desprende del artículo L.3122-2[213] del Código de la Salud Pública, ha establecido que a la víctima le basta justificar que es enfermo de SIDA y que ha recibido una transfusión sanguínea, para ser amparado por una presunción de responsabilidad. Por su parte, pertenecerá a la ONIAM (órgano administrativo encargado de la reparación) establecer que no hay causalidad entre la transfusión y la contaminación, o al menos que existe duda seria. La víctima por consiguiente no debe probar una causalidad científica entre la relación de la enfermedad y el hecho de la transfusión. En rigor, la víctima además de probar su enfermedad, el hecho de la transfusión, prueba asimismo que no ha estado expuesta a otros modos de contaminación (infección nosocomial, operaciones, etc). Se ha fallado, sin embargo, que el comportamiento o conducta sexual del afectado no presenta el mérito para desvirtuar la presunción[214]. Llegándose a afirmar que sólo la prueba de no contaminación de todas las unidades de sangre podría privar de resarcimiento[215].

2°. Presunción legal relativa a la contaminación transfusional con el VHC.

130. La solución es la misma que la vista anteriormente. El artículo 102 de la ley, actual L.1221-14 del Código de Salud Pública, dispone: *"que en caso de contestación relativa a la imputabilidad de una contaminación por el virus de la hepatitis C anterior a la entrada en vigor de la ley, el demandante debe aportar la prueba de los elementos que permitan presumir que esta contaminación tiene por origen una transfusión de sangre o una inyección de medicamentos derivados de la sangre. A la vista de estos elementos corresponde a la parte demandada aportar la prueba de que la transfusión o inyección no constituye el origen de la contaminación. El juez forma su convicción después de haber ordenado, en caso de necesidad, todas las medidas de instrucción que estime útiles. La duda beneficia al demandante".*

131. **Hacemos presente que la disposición se aplica a las contaminaciones que tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la ley**, pues con anterioridad a la entrada en vigor de la ley fue generado en Francia el núcleo principal de litigios relativos a la sangre contaminada. **Estimamos que las víctimas de contaminaciones con posterioridad a la ley deberían sujetarse al mismo espíritu legislativo.**

---

[213] *"En su demanda de indemnización, las víctimas o sus causahabientes deben justificar el daño derivado del virus de inmunodeficiencia humana y las transfusiones de productos sanguíneos o de inyecciones de productos derivados de la sangre".*

[214] Casación, 2da. civil, 25.01.2007, N° 06/16.000; Casación, 1ra civil, 5 febrero 2009, N° 08/14.798.

[215] Casación, 2da. civil, 24.10.2002, N° 01/06.004; Casación, 2da. civil, 15.12.2005, N° 05/06.005.

Recurso de unificación de jurisprudencia desde el análisis comparado

Camila Odette Saldías Cárcamo
Egresada de Derecho
Ayudante de Cátedra
Derechos de la Infancia y Adolescencia e Historia del Derecho
Universidad Católica de Temuco

Resumen: Al analizar el recurso de unificación de jurisprudencia surge la necesidad de relacionar los efectos de su inserción con el precedente vinculante. Esto nos llevará a las fronteras del derecho comparado, donde hace décadas, con las continuas reformas legales, la unificación de jurisprudencia ha ido adquiriendo mayor importancia, sea en el sistema legal en su integridad, o bien, con la creación de recursos o instituciones que, en mayor o menor medida, guardan semejanzas al nuestro.

***

Introducción

La Ley N° 20.260, que modifica el Libro IV del Código del Trabajo, y la Ley N° 20.087, que establece un nuevo procedimiento laboral; entró en vigencia el 29 de marzo del 2008, incorporando a la legislación laboral un medio de impugnación denominado recurso de unificación de jurisprudencia.

Desde que se tomó conocimiento que el legislador había creado este nuevo y peculiar medio de impugnación, los efectos en la doctrina y tribunales han sido múltiples. La primera ha estado en una constante indecisión en determinar, principalmente, si el recurso está vulnerando nuestra tradición jurídica al visualizarse un pseudoprecedente, que no es obligatorio "aún", pero que podría ser el primer paso para ello; y los segundos, en especial, la Corte Suprema, han realizado algunos esfuerzos para adaptarse a la escasa regulación legal que se establece en el Código del Trabajo, adquiriendo ciertas prácticas que han generado diversas opiniones en la doctrina.

Este panorama inestable nos hizo plantearnos que se requería una comparación con modelos semejantes al nuevo recurso de unificación de jurisprudencia; motivándonos a encaminar la búsqueda hacia el derecho comparado.

El objeto es obtener antecedentes que nos brinden una perspectiva del escenario en que nos encontramos y, principalmente, de los efectos que podría ocasionar que se introduzca la "unificación de jurisprudencia" en el derecho chileno. A través del análisis de diversos sistemas del derecho comparado y, al mismo tiempo, estableciendo similitudes y divergencias con el recurso de unificación de jurisprudencia.

No obstante, creímos necesario comenzar exponiendo la discusión sobre la jurisprudencia como fuente formal del derecho en base a las variadas apreciaciones de la doctrina nacional, lo cual nos ayuda a crear una idea de qué ocurriría ante la alteración de nuestra tradición jurídica. Una vez considerado aquello, es imprescindible, para introducirse posteriormente a un análisis comparado, exponer y analizar la regulación que le dio el legislador nacional al recurso de unificación.

Constatamos que el análisis nacional sobre este recurso es escaso, por lo que esperamos motivar a un mayor desarrollo; quizás ésta y futuras investigaciones puedan contribuir a la evolución de este particular medio de impugnación laboral.

Recurso de unificación de jurisprudencia en el derecho chileno. Breves consideraciones de la jurisprudencia. ¿Hacia la unificación?

Existen innumerables estudios sobre la jurisprudencia, especialmente sobre su carácter de fuente formal del derecho.

En concreto, la jurisprudencia no es fuente formal en el derecho chileno, porque su función en el ordenamiento jurídico no es crear normas de derecho positivo. Los tribunales de justicia no han logrado imponer, de manera general, la doctrina que adoptan en un tema jurídico determinado. Así lo establece el artículo 3° inciso 2° del Código Civil al disponer que las sentencias no son vinculantes, salvo para el caso particular en que recaen. Este mismo inciso ha impulsado a afirmar que la jurisprudencia es fuente formal, pero solo respecto del asunto que resuelve, como menciona Escandón: "*son fuente formal, pero de aplicación limitada*"[1].

Nuestro ordenamiento jurídico no funciona en base al sistema de precedentes o *stare decisis*, como el anglosajón, sino que la justicia garantiza que los jueces no están obligados a fallar de acuerdo a lo resuelto en sentencias anteriores, es decir, éstas producen efectos relativos que sólo afectan al juicio que actualmente se está conociendo y a las partes que intervienen en él[2].

[1] Escandón Alomar, Jesús, *Curso de Introducción al Derecho*, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción, volumen I, 2002, págs. 151-157.

[2] Heise Burgos, Gustavo, Jornadas de Derecho Público de la Universidad Católica de Valparaíso: "Reflexiones en torno a la jurisprudencia y el precedente judicial en la cultura jurídica chilena" [on line],

Entonces, ¿cómo se explica la tendencia a la uniformidad de jurisprudencia que está teniendo nuestra legislación? Es claro que sólo se trata de ciertos aspectos procesales, como el recurso de unificación de jurisprudencia, y no una tendencia general, pero que se ha ido estableciendo expresamente en dichos aspectos, lo que a primera vista parece una contradicción seria.

En este sentido, Román señala que "*pretender por ley que se unifique la jurisprudencia es intentar –creemos involuntariamente– modificar el sistema jurídico imperante en materia jurisdiccional para encaminarnos a una justicia anglosajona basada en precedentes, donde el derecho es consuetudinario, con escasos textos escritos*"[3]. Por otra parte, Thayer[4] nos recuerda que la obligatoriedad en la interpretación de la ley únicamente recae en el legislador, conforme al artículo 3° del Código Civil, excluyendo a las sentencias judiciales. Además, debemos considerar que la Corte Suprema, a quien se le encomendó esta aparente función de unificar, ha señalado que dicha particularidad se cumple en el recurso de casación en el fondo, como una más de sus funciones, pero no exclusiva, en virtud de lo dispuesto en el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil.

Es decir, nuestro sistema jurídico nunca ha sido ajeno a la uniformidad, sino que la ha mantenido en un recurso extraordinario, constituyéndose como un fin que ha estado siempre presente, aunque sin llegar a ser la función principal, sino una consecuencia que puede dar ciertas garantías a las partes, como dispone el informe 26-2010 de la Corte Suprema, que considera necesaria la uniformidad en los recursos, pero "*no como fin en sí mismo, sino como medio a través del cual alcanzar la protección del ordenamiento jurídico. El mantener una jurisprudencia constante o consolidada no puede sobrepasar el fin clásico que es de resolver el fondo del asunto*"[5]. En consecuencia, no deberíamos llegar al punto de alterar nuestro ordenamiento jurídico en pro de la uniformidad. En caso contrario, como menciona Fábrega, "*se pasaría a llevar nuestro sistema regulatorio radicado en la Potestad Jurisdiccional, haciendo vinculante el efecto de la "procedencia" obligatorio para los Tribunales de Justicia, realidad vigente en otros países*"[6].

[8 de julio de 2011]. Disponible en la www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/Reflexiones%20en%20torno %20 a%20la%20Jurisprudencia%20y%20el%20precedente%20judicial%20en%20la%20cultura%20juridica %20chilena.pdf.

[3] Román Díaz, Fernando, "El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía)", en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 18, 2008, Chile, págs. 535-538.

[4] Thayer Arteaga, William, "El nuevo procedimiento laboral: proyecto antiguo y ley precipitada", en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 18, 2008, Chile, págs. 519-534.

[5] Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación, Análisis crítico acerca de la nueva justicia laboral en Informe 26, Corte Suprema, [on line], 2010 [22 de junio de 2011], pág. 2-22. Disponible en la www.poderjudicial.cl/PDF/ATUsuarios/BibliotecaCorte/INFORME_26-2010.pdf.

[6] Fábrega Vega, Hugo, "Asignaciones de colación y movilización: Unificación Jurisprudencial en materia laboral", *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 22, 2010, Chile, págs. 527-532.

No obstante, la uniformidad se ha ido transformando en una tendencia al punto de establecer un recurso cuya denominación y fin recaen en ella. Así lo estima el profesor Delgado, que sostiene una opinión contraria a esta inclinación, al señalar que "*si la reforma procesal chilena sigue el mismo camino que la española, se podría, también, comenzar a abogar por un modelo de corte más anglosajón fijado en conceptos como el precedente olvidando así los casi doscientos años de tradicional casación chilena. Lamentablemente este camino parece haber comenzado si pensamos que la intención del legislador es introducir la unificación de doctrina a modo de "petrificación" de jurisprudencia*"[7].

También existen opiniones que se muestran conformes o apoyan un eventual sistema del precedente en nuestra legislación, como García, al señalar que "*un factor determinante para que el sistema judicial genere externalidades positivas para la sociedad en general y la institucionalidad jurídica en particular, es que sea predecible. Sólo si las personas que no han participado en un pleito piensan, con algún grado de fundamento, que los criterios con que se falló en él pueden serles aplicables en una situación similar, los tomarán en cuenta en sus razonamientos y actuaciones*"[8]. De este modo, según su postura, se estaría garantizando la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, que son los dos principios que fundamentan el precedente en los países en que opera; con el primero, se impide la discriminación en la aplicación de la ley, en cambio con el segundo los ciudadanos pueden tener la debida seguridad de que los casos que se desarrollen serán solucionados de la forma como lo han sido los casos anteriores, salvo excepciones[9].

Pfeffer asegura que estos principios toman más fuerza en nuestra legislación al estar consagrados a nivel constitucional, llegando al extremo de señalar que, en base a otras opiniones, "*si el valor de precedente encuentra reconocimiento en el artículo 19 N^{os} 2 y 3 de la Carta Fundamental, lo dispuesto en el artículo 3° del Código Civil, en cuanto sienta el principio del valor relativo de las sentencias, se encontraría derogado tácitamente*"[10]. Sin embargo, reconoce que considerando lo establecido en la actual legislación, "*cualquier modificación legal que pretenda*

[7] Delgado Castro, Jordi, "La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33, 2009, Valparaíso, págs. 345-367.

[8] García, José Francisco, "Repensando el rol de la Corte Suprema en nuestro ordenamiento jurídico", en *Revista Sistemas Judiciales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, N° 13, Chile, 2008, págs. 6-16.

[9] Heise Burgos, Gustavo, Jornadas de Derecho Público de la Universidad Católica de Valparaíso: "Reflexiones en torno a la jurisprudencia y el precedente judicial en la cultura jurídica chilena", [on line] [8 de julio de 2011]. Disponible en la www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/Reflexiones%20en%20torno%20a%20la%20 Jurisprudencia%20y%20el%20precedente%20judicial%20en%20la%20cultura %20juridica% 20chilena.pdf.

[10] Pfeffer Urquiaga, Emilio, "La introducción del precedente: un cambio revolucionario en nuestra cultura jurídica", en *Revista Semestral del Centro de Estudio Constitucionales*, Universidad de Talca, N° 1, 2006, Talca, págs. 185-194.

imponer con carácter obligatorio que un tribunal debe seguir en la decisión de futuras controversias el precedente que fluya de la sentencia dictada por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, no puede establecerse sino es a través de una modificación constitucional, por comprometer el ejercicio de la jurisdicción del órgano respectivo"[11]. Esto no alcanzaría al recurso de unificación de jurisprudencia, pues la sentencia de unificación tiene efectos relativos, no impone una obligatoriedad de carácter general; suena contradictorio, si consideramos que la finalidad del recurso es la unificación de jurisprudencia, pues ¿cómo se logra la unidad si los tribunales no están obligados a continuar fallando según las doctrinas establecidas por la Corte Suprema y en un país donde no hay cultura de precedente? Para Fábrega, "*una de las grandes críticas que deja entrever este recurso es que si bien llama a uniformar criterios sobre alguna materia, esta posibilidad no es vinculante de manera posterior, pudiendo llevarse al absurdo de contemplar la posibilidad de unificar criterios ya unificados*"[12].

Ahora lo relevante es determinar si este medio de impugnación constituye uno de los primeros pasos hacia un sistema de precedentes que, para algunos, viene a asegurar ciertos principios fundamentales. Pero surge la interrogante si podríamos afirmar fundadamente que éstos son garantizados por el precedente de manera total e íntegra, olvidándonos de nuestro sistema jurídico tradicional, que desde sus inicios nunca ha sido alterado radicalmente en ese sentido. Estamos de acuerdo que el sistema de precedente, por una cuestión lógica, da estabilidad de criterios jurídicos que, en consecuencia, recae en esos dos principios. Sin embargo, no podemos esperar una doctrina jurisprudencial variada si los tribunales inferiores deben atenerse obligatoriamente a lo dispuesto por los superiores, o podríamos pasar décadas con decisiones injustas sólo porque nuestros jueces no tendrían libertad para contradecir a sus superiores y restablecer el imperio del derecho.

Históricamente, la uniformidad de la jurisprudencia, como una finalidad clásica secundaria, ha estado a cargo de la Corte Suprema, a través del *recurso de casación en el fondo*; pero, con las actuales reformas, esa finalidad ha ido escalando eslabones. Primero, en la reforma procesal penal se creó el *recurso de nulidad,* que faculta a la Corte Suprema para unificar jurisprudencia, como finalidad primordial. Luego, en el nuevo procedimiento laboral se le encomendó a la Corte el conocimiento del objeto de esta investigación, es decir, el *recurso de unificación de jurisprudencia* que procede contra la resolución que falla el recurso de nulidad. Finalmente, en el proyecto de ley del Código Procesal Civil se contempla el denominado *recurso extraordinario*, regulado en este sentido, es decir, es creado para uniformar la jurisprudencia.

[11] Ídem.

[12] Fábrega Vega, Hugo, "Asignaciones de colación y movilización: Unificación Jurisprudencial en materia laboral", *Revista Actualidad Jurídica,* Universidad del Desarrollo, N° 22, 2010, Chile, págs. 527-532.

Recurso de unificación de jurisprudencia

El recurso en estudio se encuentra reglamentado en los artículos 483, 483-A, 483-B, 483-C y 484 del párrafo 5°, capítulo II, título I, libro V del Código del Trabajo.

Naturaleza de la resolución impugnada

Procede contra la resolución que se pronuncia sobre el recurso de nulidad que ha sido dictada por la Corte de Apelaciones respectiva.

Esta resolución, que se menciona en el artículo 483 del Código del Trabajo, es una sentencia definitiva, como lo señala el profesor Delgado: "*Una correcta lectura de lo prescrito en el artículo 483-A nos indicará que las únicas resoluciones que se pueden impugnar son las sentencias definitivas, ya que solamente éstas fallan el recurso de nulidad*"[13].

Además, el profesor Silhi plantea una idea interesante, que esa "*sentencia puede ser de reemplazo, reenvío, o una que desestime el recurso de nulidad. Sin embargo, el recurso sólo procederá si se acoge la nulidad y se dicta sentencia de reemplazo o, en caso, de que se desestime la nulidad. En cambio, si se acoge y se dicta reenvío, no procede la unificación, pues el artículo 478 en su inciso segundo del Código del Trabajo señala que los antecedentes serán devueltos al Juzgado de Letras del Trabajo, lo que se complementa en el artículo 482 del mismo código, inciso segundo, al disponer que la remisión es dentro del segundo día de pronunciada la sentencia. Esto ofrece el peligro de que escapen o queden marginadas de la unificación de la jurisprudencia las actuaciones desarrolladas en la tramitación del procedimiento*"[14].

Precisiones sobre el motivo de procedencia del recurso

El recurso de unificación de jurisprudencia se puede interponer, en virtud del artículo 483 inciso segundo del Código del Trabajo, cuando respecto de la **materia de derecho objeto del juicio** existen **diversas interpretaciones** sostenidas en **uno o más fallos firmes** emanados de los **Tribunales Superiores de Justicia.**

[13] Delgado Castro, Jordi, "Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, 2011, Valparaíso, pág. 473-493.
[14] Entrevista con Jorge Silhi Zarzar, Abogado, Universidad de Concepción, Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco y Autónoma de Chile; Temuco, Chile, 11 de agosto de 2011.

Al desglosar esta causal, en primer lugar, nos plateamos qué exige el legislador al referirse a *la materia de derecho objeto del juicio*. La doctrina no trata en profundidad este tema, en cambio la jurisprudencia se ha encargado en la mayoría de los fallos de establecer su alcance. Por ejemplo, la Corte Suprema ha indicado que:

> "*El recurso no podrá prosperar toda vez que conforme a la revisión de la sentencia impugnada no existe pronunciamiento sobre el punto respecto del cual se pretende que se unifique la jurisprudencia en el sentido que alega*"[15].

Es decir, no procederá el recurso si se fundamenta en una materia de derecho de la cual no existe pronunciamiento en la sentencia impugnada, o bien no es la materia principal sobre la cual se pronuncia dicha sentencia.

Siguiendo con el análisis del fundamento de nuestro recurso, la ley dispone que deben existir distintas interpretaciones contenidas en uno o más fallos. En este aspecto, a pesar de las dudas que plantea la doctrina, finalmente concuerda con la jurisprudencia en que el legislador se refiere a "*fallos distintos emanados de hechos iguales*"[16], entonces respecto de esos hechos deben existir distintas interpretaciones[17].

Por consiguiente, si se concluye que los fallos que sirven de fundamento contienen interpretaciones contrarias o distintas a la sentencia que falla el recurso de nulidad respecto a la cuestión jurídica principal, el recurso de unificación de jurisprudencia será acogido. Sin perjuicio de los demás requisitos requeridos por el legislador.

---

[15] Sentencia de 14 de junio de 2011, Causa ROL N° 4064-2011. En este sentido, también puede observarse la reciente sentencia de 16 de junio de 2011, Causa ROL N° 4338-2011: "*El objetivo del instituto en estudio es la unificación de la materia del derecho objeto del juicio. En consecuencia, si los presupuestos de hecho que sustentan lo decidido son diversos a los esgrimidos como soporte del libelo, no se advierte cómo se puede hacer lugar a lo solicitado sin suponer la variación de los referidos postulados, cuestión que escapa de los fines del mecanismo de impugnación extraordinario que se revisa*". Esto se somete a revisión en el examen de admisibilidad que efectúa la Corte Suprema respecto de los fundamentos del recurso de unificación.

[16] Delgado Castro, Jordi, "Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, 2011, Valparaíso, págs. 473-493.

[17] La Corte lo ha explicado detalladamente en la Sentencia de 1 de junio de 2011, Causa ROL N° 7868-2010: "*Para la procedencia del arbitrio en estudio, se requiere que existan distintas interpretaciones respecto de una materia de derecho, esto es, que* ***frente a hechos, fundamentos o pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a resoluciones distintas.*** *Que la interpretación de la norma jurídica comprende un conjunto de actividades intelectuales, entre las cuales se incluye naturalmente la determinación de los presupuestos de hecho, la selección de la norma llamada a regir el caso concreto y la determinación de su verdadero sentido o alcance, de manera que no es posible enfrentar la labor interpretativa situándose sólo en el ámbito normativo, aislándolo de los hechos a los cuales se va a aplicar la ley cuyo sentido se trata de desentrañar, ya que con ello puede llegar a alterarse el significado de la misma. Que, entonces, para proceder a la unificación de jurisprudencia, se requiere que en la sentencia objeto del recurso hayan quedado establecidos con absoluta claridad los presupuestos fácticos a los cuales debiera aplicarse la norma invocada, pues sólo entonces podrá esta Corte abocarse a la tarea de dilucidar el sentido y alcance que dicha norma posee, al ser enfrentada con una situación análoga a la resuelta en un fallo anterior, en sentido diverso*".

Objeto del recurso

En virtud de la historia fidedigna de ley, concretamente en una indicación del Presidente de la República, presentada a la Comisión de Trabajo del Senado, se señala que la finalidad de este recurso es "*uniformar la jurisprudencia emanada de nuestros Tribunales Superiores de Justicia*"[18], labor que realiza la Corte Suprema revisando las normas jurídicas aplicadas por las Cortes de Apelaciones en la sentencia que se pronuncia sobre el recurso de nulidad[19].

Ese es su fin esencial, del cual derivan otros específicos, como que la Corte Suprema declare la nulidad del fallo recurrido respecto de la materia de derecho objeto del juicio. Consecuencia de ello, y que constituye otro de sus fines, es la enmienda o corrección de las distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del juicio conforme a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia[20]. Respecto a esto último, el profesor Silhi señala que ante la dispersión de doctrina sobre una misma materia de derecho, se pretende que la Corte Suprema determine la que le parezca, es decir, que su decisión no necesariamente va a ser la correcta[21].

Ahora debe quedar claro que la intención del legislador no es que la Corte Suprema resuelva nuevamente el conflicto en que recae la sentencia impugnada en los términos en que lo ha hecho la Corte que conoció de dicho juicio, sino que el legislador requiere que se unifiquen las doctrinas sostenidas en el fallo recurrido y los fallos que se acompañan como fundamento, doctrinas que recaen en la materia de derecho objeto de la sentencia. Entonces, como menciona el profesor Delgado, el rol de la Corte Suprema se limita a "*corregir contradicciones*"[22].

Características del recurso

La primera característica proviene expresamente del texto de la ley en su artículo 483 del Código del Trabajo, al fijar el carácter excepcional del recurso en estudio, es decir, procede contra ciertas resoluciones y por una determinada

[18] Actas de la Comisión del Trabajo, Historia de la Ley N° 20.260, indicación 20 bis [on line], [30 de junio de 2011]. Disponible en la www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20260/HL%2020260.pdf.

[19] Halpern Montecino, Cecily, Humeres Noguer, Héctor, "La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: El recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 21, 2010, Chile, pág. 347.

[20] Delgado Castro, Jordi, "Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, 2011, Valparaíso, págs. 473-493.

[21] Entrevista con Jorge Silhi Zarzar, Abogado, Universidad de Concepción, Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco y Autónoma de Chile; Temuco, Chile, 11 de agosto de 2011.

[22] Delgado Castro, Jordi, "Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, 2011, Valparaíso, págs. 473-493.

causal, mencionada anteriormente. La doctrina ha señalado que el carácter excepcional supera al de extraordinario, en el sentido de la extrema restricción de acceso a la Corte Suprema para que conozca de este recurso, que al parecer tiene fines de economía procesal y, como consecuencia, su aplicación también es restrictiva[23]. La jurisprudencia toma en especial consideración esta característica al momento de resolver, así ha señalado que:

> "*En estas condiciones, se impone la declaración de inadmisibilidad del recurso, teniendo especialmente en cuenta para así resolverlo el carácter especialísimo y excepcional que reviste el mecanismo de impugnación que se intenta, particularidad reconocida expresamente por el artículo 483 del estatuto laboral, al consagrar su procedencia infrecuente bajo los supuestos estrictos que la disposición que le sigue consagra*"[24].

Creemos que el carácter *especialísimo y excepcional,* que la Corte se encarga de manifestar fehaciente y reiteradamente en los fallos, no es más que una excusa que obstaculiza el conocimiento del recurso, porque en la reforma procesal laboral se redujo el rol de la Corte Suprema solo al recurso de unificación de jurisprudencia, por tanto, no existe sobrecarga de trabajo para la Corte en materia laboral que justifique un ingreso limitado de este recurso a su saber. En el mismo sentido, el profesor Silhi señala que sólo es una justificación ante la incapacidad de unificar jurisprudencia, o bien porque la Corte está a favor de la doctrina que se contiene en el fallo recurrido[25].

Otra de sus características es que no constituye instancia, pues sólo se aboca a la revisión del derecho, no de los hechos. El profesor Delgado señala que en este recurso se conforma "*un tercer grado jurisdiccional de revisión de la corrección de las decisiones, en atención al conocimiento derivado de la contradicción en la jurisprudencia*"[26]. Sin perjuicio de que la Corte Suprema considera las similitudes de hecho para decidir si acoge el recurso, pero sólo la circunstancia de que las situaciones fácticas entre los fallos que se colocan a su conocimiento sean semejantes, no aplica su rol correctivo como en las materias de derecho[27].

[23] Ídem.

[24] Sentencia de 14 de junio de 2011, Causa ROL N° 4064-2011.

[25] Entrevista con Jorge Silhi Zarzar, Abogado, Universidad de Concepción, Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco y Autónoma de Chile; Temuco, Chile, 11 de agosto de 2011.

[26] Delgado Castro, Jordi, "Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, 2011, Valparaíso, págs. 473-493.

[27] Así se ha dispuesto en la Sentencia de 16 de junio de 2011, Causa ROL N° 4338-2011: "*Que semejante exposición de fundamentos da cuenta que el recurso se asienta en consideraciones de carácter fáctico, diversas de las establecidas en autos, en especial que para decidir que el empleador es responsable del accidente del trabajo que afectó al trabajador no acreditó haber dado cumplimiento a las obligaciones que al efecto le impone el artículo 184 del Código del Trabajo; de manera que no es posible que ésta pueda abordarse por este tribunal, por cuanto el objetivo del instituto en estudio es la unificación de la materia del derecho objeto del juicio. En consecuencia, si los presupuestos de hecho que sustentan lo decidido son diversos a los esgrimidos como soporte del libelo, no se advierte cómo se puede hacer lugar a lo solicitado sin suponer*

Además, según lo explicado por Casarino, es un recurso por vía de reforma, pues se interpone en un tribunal distinto del que toma conocimiento, lo que constituye la regla general[28]. En este caso, se interpone ante la Corte de Apelaciones y toma conocimiento la Corte Suprema. Silva menciona otras dos características, éstas son, que es de competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia y que es inmutable, es decir, una vez interpuesto el recurso no puede alterarse en forma alguna[29].

Interposición del recurso

El artículo 483-A, inciso primero del Código del Trabajo fija un plazo de 15 días hábiles para interponer este recurso ante la Corte de Apelaciones respectiva, contados desde la notificación de la sentencia que se recurre.

Respecto al plazo, el profesor Delgado estima que es breve, considerando la exigencia de presentar fallos sobre un asunto similar, pero con resolución distinta, por lo que encontrar dichos fallos como fundamento del recurso en tan poco tiempo coloca a las partes en un escenario difícil[30]. En cambio, el profesor Silhi opina que el plazo es suficiente, porque "*actualmente con Internet, los programas y el portal del poder judicial donde ingresan fallos todos los días, no hay necesidad de más plazo, como lo había antes*"[31]. Siendo coherentes con las opiniones que daremos más adelante, creemos que basta con el plazo de 15 días hábiles para que las partes puedan realizar su búsqueda, debido a las posibilidades que nos brinda la tecnología en la actualidad.

El tribunal en el cual debe interponerse el recurso, o tribunal a quo, será siempre la Corte de Apelaciones, la que deberá realizar un examen de admisibilidad según lo que ordena el inciso tercero del artículo mencionado.

El escrito que debe presentar la parte recurrente ante la Corte correspondiente debe cumplir con ciertos requisitos. El primero es que debe ser fundado, lo

la variación de los referidos postulados, cuestión que escapa de los fines del mecanismo de impugnación extraordinario que se revisa".

[28] Casarino Viterbo, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, quinta edición actualizada, 2002, pág. 234-235: "*Otra clasificación de los recursos es por vía de retractación y por vía de reforma, atendiendo al tribunal llamado a conocer del respectivo recurso; esto es, según sea el mismo que dictó la resolución recurrida u otro diferente de jerarquía superior*". También señala que "*se interponen para que conozca de ellos el tribunal inmediatamente superior en grado jerárquico de aquel que dictó la resolución recurrida*".

[29] Silva M, Rodrigo, "Reflexiones sobre los recursos en el nuevo procedimiento laboral", en *Informativo Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, N° 45, 2008, Chile, págs. 12-15.

[30] Delgado Castro, Jordi, "Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, 2011, Valparaíso, págs. 473-493.

[31] Entrevista con Jorge Silhi Zarzar, Abogado, Universidad de Concepción, Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco y Autónoma de Chile; Temuco, Chile, 11 de agosto de 2011.

que implica que el recurrente efectúe una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones respecto de las materias de derecho objeto de la sentencia, que se contienen en las sentencias pronunciadas por los Tribunales Superiores de Justicia, en virtud de lo que dispone el artículo 483-A, inciso segundo, del Código del Trabajo[32]. Según el profesor Silhi, esto se cumple expresando la tesis jurídica adoptada en los distintos fallos, en relación con supuestos de hecho similares o que le resulten aplicables; en concreto, menciona que "*se debe exponer, desentrañar y explicar objetivamente la doctrina fijada en cada una de las sentencias que se examinan, luego señalar en qué se diferencian, en qué son contrarias y convencer a la Corte Suprema que el examen realizado permite llegar a la conclusión de que existen distintas interpretaciones jurídicas respecto de la materia de derecho objeto de la sentencia. La exposición debe abarcar el fallo contra el que se recurre y el o los fallos que contengan una interpretación contraria o distinta a la que lo afecta*"[33].

El Grupo Proceso Laboral y Previsional de la Comisión de Administración de Justicia y Reformas Procesales del Colegio de Abogados de Chile[34] elaboró un informe que fue remitido a la Corte Suprema, en el que se analiza el recurso de unificación de jurisprudencia y una de sus críticas es la vaguedad del legislador al no precisar qué se entiende por Tribunales Superiores de Justicia, de los cuales provienen los fallos que contienen las contradicciones, dado a que existieron las Cortes del Trabajo con competencia en segunda instancia y que resolvieron sobre asuntos que se mantienen vigentes. Por tanto, eso nos dejaría en la incertidumbre de saber si los fallos de las Cortes del Trabajo pueden ser parte de este recurso. Román también lo plantea, cuestionando que no se ha definido la antigüedad que deberían tener las resoluciones que se acompañan, pues la ley no se pronuncia sobre ello, dejando la duda sobre las Cortes del Trabajo[35]. Ahora, el profesor Silhi indica que los fallos de las Cortes del Trabajo también tienen cabida en este recurso al haberse establecido por la ley, en su momento, como Tribunales Superiores de Justicia[36].

Esto, según la Comisión, pone a la Corte Suprema en la necesidad de dictar un auto acordado que complemente la tramitación del recurso de unificación de

[32] Delgado Castro, Jordi, "Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, 2011, Valparaíso, págs. 473-493.

[33] Entrevista con Jorge Silhi Zarzar, Abogado, Universidad de Concepción, Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco y Autónoma de Chile; Temuco, Chile, 11 de agosto de 2011.

[34] Grupo Proceso Laboral y Previsional de la Comisión de Administración de Justicia y Reformas Procesales, Nuevo Recurso de Unificación de Jurisprudencia en Oficio N° 50, Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G., 2008, Santiago.

[35] Román Díaz, Fernando, "El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía)", en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 18, 2008, Chile, págs. 535-538.

[36] Entrevista con Jorge Silhi Zarzar, Abogado, Universidad de Concepción, Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco y Autónoma de Chile; Temuco, Chile, 11 de agosto de 2011.

jurisprudencia solucionando los vacíos en que incurrió el legislador[37]. Sin embargo, Caballero, uno de los integrantes de la Comisión y el único voto disidente, sostiene que hay consenso en la doctrina en que las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema son los únicos Tribunales Superiores de Justicia en Chile.

Desde otro punto de vista, Halpern y Humeres también afirman que se trata de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, señalando que "*no cabe interponer este recurso contra sentencias en las que el derecho ha sido aplicado en forma diversa por los Jueces de Letras*"[38]. Es decir, están descartando los fallos de los jueces de primer grado, en lo que estamos de acuerdo.

La jurisprudencia también se ha pronunciado expresamente al respecto, coincidiendo en que esos dos son los Tribunales Superiores de Justicia, en virtud del sistema jerárquico a que se someten los tribunales ordinarios, sustentándose en argumentos relevantes:

> "*Dentro de dicho sistema, se distingue entre superiores e inferiores, clasificación recogida, en principio, en los artículos 52 N° 2, letra c) y 53 N° 3 de la Constitución Política de la República, a propósito de las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados y del Senado. Tal distinción encuentra amparo, además, en la regla de la doble instancia que rige en nuestra legislación, especialmente consagrada en el artículo 110 del Código Orgánico de Tribunales y en la competencia que, según la naturaleza del asunto debatido o el fuero de los intervinientes, asigna la ley. En consecuencia, la acompañada sentencia de primera instancia dictada por el Primer Juzgado del Trabajo de Magallanes no satisface la exigencia contemplada en el citado artículo 483 A del Código del ramo*"[39].

En consecuencia, los fallos que sirven de fundamento al recurso pueden emanar de las Cortes de Apelaciones y de la misma Corte Suprema. Para el profesor Delgado, que se incluyan las sentencias de esta última viene a asegurar la independencia de las Cortes de Apelaciones al momento de resolver un asunto concreto, pues podrá separarse de los pronunciamientos de la Corte Suprema[40].

Continuando con el análisis del primer requisito, dentro de él se contempla que el escrito contenga peticiones concretas. Existe específicamente una petición,

[37] En el mismo sentido, Román Díaz, Fernando, "El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía)", en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 18, 2008, Chile, págs. 535-538: "*Un auto acordado del propio Tribunal podría hacer viable este particular invento*".

[38] Halpern Montecino, Cecily, Humeres; Noguer, Héctor, "La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: El recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N°21, 2010, Chile, pág. 347.

[39] Sentencia de 28 de octubre de 2008, Causa ROL N° 5164-08.

[40] Delgado Castro, Jordi, "Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia" en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, 2011, Valparaíso, págs. 473-493.

que la Corte Suprema reconozca la existencia de distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto de la sentencia. Sucesivamente, se dicte sentencia de reemplazo en la que se aplique la doctrina que corresponde a la del o los fallos que sirven de fundamento y que la sentencia que falla el recurso de nulidad quede sin efecto[41].

El segundo requisito que exige el artículo 483-A, inciso segundo, es que el recurrente acompañe copia del o los fallos que se utilizan para fundamentar el recurso, los cuales deben estar firmes, como señala el artículo 483, inciso segundo, del Código del Trabajo.

La Comisión cuestiona este requisito por la vaguedad en su redacción, pues no hay certeza si el legislador está exigiendo que los fallos se presenten en copia autorizada del mismo tribunal del cual emanan o, incluso, que deba acompañarse copia íntegra de las sentencias o sólo la parte que contiene las interpretaciones contradictorias[42].

Además, desde hace un tiempo, la Corte Suprema está ordenando que se acompañen en copias fidedignas y/o con certificado de encontrarse ejecutoriada, lo que ha causado que muchos recursos sean desestimados por razones de forma, pues actualmente se exigen en el plazo de 10 días, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado el recurso[43]. En las primeras resoluciones que ordenan esta presentación se concede un plazo de 5 días, señalando que:

> "*Para dar cuenta del recurso de fojas 23, acompáñese, dentro de quinto día, copia fidedigna de los documentos ofrecidos en el primer otrosí de fojas 23, bajo apercibimiento de tener por no presentado el recurso*"[44].

Es un tema discutido, incluso entre los mismos jueces que se pronuncian sobre ello, como en la causa ROL 3034-2011, cuya resolución del 20 de mayo del 2011 solicita bajo ese apercibimiento la presentación del certificado de encontrarse ejecutoriada la sentencia y el 9 de junio del mismo año se tiene por no presentado el recurso al no acompañar dicho documento en el plazo de 10 días. No obstante, se señala que existe voto en contra de la resolución por

[41] Entrevista con Jorge Silhi Zarzar, Abogado, Universidad de Concepción, Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco y Autónoma de Chile; Temuco, Chile, 11 de agosto de 2011.

[42] Grupo Proceso Laboral y Previsional de la Comisión de Administración de Justicia y Reformas Procesales, Nuevo Recurso de Unificación de Jurisprudencia en Oficio N° 50, Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G., 2008, Santiago.

[43] Blanco, Rafael; Caballero, Rodolfo, "Evaluación de la reforma procesal laboral en foro sobre modernización de la justicia", Colegio de Abogados de Chile A.G., [on line], octava sesión, 2009 [2 de julio de 2011], pág. 8. Disponible en la www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/archivo.html&bri=colegioabogados &tab=art_1&campo=c_archivo&id=162.

[44] Resolución de 2 de abril de 2009, Causa ROL N° 1555-2009. Las primeras resoluciones que ordenan esta presentación se dictaron en el año 2009, siendo la citada la primera de ellas.

dos de las juezas, pues éstas consideran que el plazo es de carácter judicial, lo que implica que no es un plazo fatal y todavía no se extingue el derecho del recurrente de acompañar lo que se le solicita, así señalan que las juezas:

> "*Estuvieron por tener por cumplido lo ordenado a fojas 65 y pronunciarse derechamente sobre la admisibilidad del recurso de Unificación de Jurisprudencia de fojas 37, pues en su parecer el plazo otorgado ordenado al recurrente a fojas 64 es de carácter judicial y por tanto puede cumplir la diligencia, en tanto no se ha hecho efectivo el apercibimiento a que se refiere el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil*"[45].

Caballero y Blanco apaciguan lo controvertido de esta exigencia acotando que "*en un caso la Corte Suprema tuvo una solución novedosa o mejor dicho inteligente y aceptó que las copias fueran autorizadas por un notario que certifica que las sentencias fueron sacadas del sistema computacional del Poder Judicial, lo que parece una solución razonable*"[46]. A pesar de ello, no están de acuerdo con este requisito que impone la Corte Suprema, pues consideran que está obstaculizando la evolución del recurso de unificación de jurisprudencia, no sólo por la exigencia en sí, sino también porque el plazo de 10 días es muy breve.

En el mismo sentido, el profesor Delgado señala que por esa brevedad se puede dar que el litigante "*no pudiera recabar una copia fidedigna en el plazo, precluyendo su derecho a interponer el recurso y perdiéndose el impulso privado como motor de la defensa del ordenamiento jurídico, por un formalismo fácilmente salvable*"[47], no estando de acuerdo en que por un requisito nacido en la jurisprudencia muchos recursos no han podido y no podrán tramitarse.

Caballero, en el informe elaborado por la Comisión, es más enfático en su desacuerdo indicando que el recurrente debe acompañar los fallos en papel, pero del modo que estime conveniente, sin perjuicio de lo que disponga el tribunal. Pues el legislador no impone más requisitos que el sólo acompañar, además por los avances tecnológicos actuales el litigante puede obtener copias sin dificultad y, sucesivamente, la Corte Suprema puede verificarlas en el sistema computacional sin mayor inconveniente[48].

[45] Resoluciones de 20 de mayo y 9 de junio de 2011, Causa ROL N° 3430-2011.

[46] Blanco, Rafael; Caballero, Rodolfo, "Evaluación de la reforma procesal laboral en foro sobre modernización de la justicia", Colegio de Abogados de Chile A.G., [on line], octava sesión, 2009 [2 de julio de 2011], pág. 8. "Disponible en la www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/archivo.html&bri=colegioabogados &tab=art_1&campo=c_archivo&id=162".

[47] Delgado Castro, Jordi, "Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, 2011, Valparaíso, págs. 473-493.

[48] Grupo Proceso Laboral y Previsional de la Comisión de Administración de Justicia y Reformas Procesales, Nuevo Recurso de Unificación de Jurisprudencia en Oficio N° 50, Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G., 2008, Santiago.

Creemos, tomando las opiniones expuestas, que los requisitos de admisibilidad que se establecen en la práctica sólo son obstáculos carentes de un fundamento lo suficientemente fuerte que justifique la parálisis del recurso de unificación de jurisprudencia, pues al no acogerlo se está trabando su desarrollo, el que ya es lento al tratarse de un recurso relativamente nuevo y extraordinario. La falta de fundamento radica, precisamente, en la época en que nos encontramos, pues sabemos que el sistema computacional podría verificar, por ejemplo, si se encuentra ejecutoriada la sentencia, sin riesgo a equivocarse. Y si ese es el temor, bastaría que se ejecute una labor más eficiente en los correspondientes tribunales para evitar complicaciones. Como plantea el profesor Silhi: "*Lo que ha hecho la Corte Suprema es tener un barco con capacidad para diez mil pasajeros con motor fuera de borda, hizo añicos toda la plataforma de Internet, la dejó inutilizada*"[49].

Admisibilidad de la Corte Suprema

El tribunal a quo realiza el primer examen de admisibilidad del recurso de unificación de jurisprudencia, verificando si éste ha sido interpuesto en el plazo que señala la ley, en caso contrario, se declara extemporáneo.

Una vez remitidos los antecedentes al tribunal ad quem, este conoce en sala especializada, donde se efectúa un segundo examen de admisibilidad. Basándonos en lo señalado por Silva, son cinco puntos los que se verifican. Primero, si fue interpuesto en el tribunal competente, es decir, la Corte de Apelaciones correspondiente y dentro de los 15 días que dispone la ley, contados desde la notificación de la sentencia que resuelve el recurso de nulidad. Además, que el escrito de interposición se encuentre fundado en la forma adecuada, lo que conlleva examinar si contiene y, en ese caso, si se ha realizado debidamente la relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones respecto de las materias de derecho objeto de la sentencia recurrida, sostenidas en diversos fallos emanados de los Tribunales Superiores de Justicia y, finalmente, que se cumpla con la exigencia de presentar copia del o los fallos que sirven de fundamento al recurso, al contener las interpretaciones contradictorias[50].

El profesor Delgado está en desacuerdo con este doble control de admisibilidad sobre el plazo de interposición, porque no existiría una razón lógica para que un trámite de hecho que no tiene mayor complejidad no pueda ser realizado sólo por un tribunal, en este caso, la Corte Suprema, concentrándose la tota-

[49] Entrevista con Jorge Silhi Zarzar, Abogado, Universidad de Concepción, Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco y Autónoma de Chile; Temuco, Chile, 11 de agosto de 2011.

[50] Silva M, Rodrigo, "Reflexiones sobre los recursos en el nuevo procedimiento laboral", en *Informativo Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, N° 45, 2008, Chile, págs. 12-15.

lidad de los supuestos de admisibilidad en ella[51]. Estamos de acuerdo con este planteamiento, no sólo por razones lógicas, sino porque se desprende que el legislador da confianza absoluta a la Corte Suprema en el control del recurso, al abarcar su examen toda la estructura principal desde la base que es la interposición en el tribunal competente; entonces, no habría inconveniente, más aún, por la economía procesal tan necesaria en este recurso, que el examen del plazo de interposición se radicara únicamente en este tribunal.

Como se señaló, la Corte Suprema también verifica que el escrito esté correctamente fundado, lo que aparentemente es un examen formal. Sin embargo, desde otro punto de vista, puede llegar a ser subjetivo pues, como menciona el profesor Delgado, "*dependiendo de la predisposición que adopte la Corte Suprema, pueden llegar a perecer la mayoría de los recursos*". En su opinión, se pone al recurrente en la necesidad de manifestar en esta oportunidad la totalidad de sus fundamentos, ya que su reserva podría conducir a la inadmisibilidad del recurso por no tener argumentos suficientes y pertinentes. Lo que nos lleva a otra consecuencia arbitraria, pues al permanecer el recurrido en plena inactividad, el recurrente queda en un escenario de desigualdad al tener que presentar íntegramente sus argumentos[52].

La inadmisibilidad del recurso sólo procede si es declarada por la unanimidad de los jueces y se exige que dicha resolución sea fundada, en concreto, por el incumplimiento de uno o más de los requisitos mencionados. El legislador concede la posibilidad de interponer reposición dentro de quinto día.
Ahora, si se ha cumplido con todos los requisitos, la Corte Suprema declara su admisibilidad, disponiendo traer los autos en relación[53].

Vista del recurso

Será conocido, previa vista de la causa, disponiendo expresamente el artículo 483-B que la vista de este recurso debe someterse a las reglas de la apelación. Para Caballero y Blanco, esta norma se ha interpretado en forma dudosa, pues se ha sostenido que, además, la comparecencia se sujeta a las reglas de la apelación, y en caso de no cumplirse lo que disponen, se declara desierto el recurso. Concretamente, estos autores señalan que las normas de la apelación sólo resultan aplicables a la vista del recurso, como lo dispone expresamente la ley, pero no para la comparecencia, porque la ley nada dice. Esto último sería una aplicación supletoria de dichas reglas que el legislador no ha contempla-

[51] Delgado Castro, Jordi, "Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, 2011, Valparaíso, págs. 473-493.
[52] Ídem.
[53] Silva M, Rodrigo, "Reflexiones sobre los recursos en el nuevo procedimiento laboral", en *Informativo Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, N° 45, 2008, Chile, págs. 12-15.

do, por tanto no procedería, más aún tratándose de un recurso que en nada guarda relación con la apelación[54].

Efectos de la sentencia de unificación

Por aplicación del artículo 3° del Código Civil, esta sentencia tiene efectos relativos. Para Caballero es una consecuencia adecuada, porque su resolución depende de las características de cada caso que se someta al conocimiento del tribunal, sin perjuicio de ser un recurso de derecho[55], así lo expresa el artículo 483-C, inciso primero, del Código del Trabajo; además, el legislador dispone que la sentencia que acoge o rechaza no afecta las situaciones jurídicas fijadas en las sentencias que le sirven de antecedente al recurso[56]. El profesor Silhi no entiende las razones del legislador para disponerlo expresamente, pues es claro que la cosa juzgada de los fallos dictados con anterioridad no se va a modificar, no era necesario decirlo[57].

Recurso de unificación de jurisprudencia en el derecho comparado

La doctrina chilena no profundiza mayormente respecto de la variedad de antecedentes que podría tener el recurso de unificación de jurisprudencia en el derecho comparado. Por tal motivo, indagamos en otros ordenamientos jurídicos, cuyos antecedentes nos ayuden a determinar los aciertos o deficiencias en la regulación de nuestro recurso, o incluso nos permitan construir una idea sobre la evolución que podría tener este medio impugnatorio.

[54] Blanco, Rafael; Caballero, Rodolfo, "Evaluación de la reforma procesal laboral en foro sobre modernización de la justicia", Colegio de Abogados de Chile A.G., [on line], octava sesión, 2009 [2 de julio de 2011], pág. 8. Disponible en la www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/archivo.html&bri=colegioabogados &tab=art_1&campo=c_archivo&id=162. Efectivamente, se da esa aplicación supletoria en la jurisprudencia, llegando a desestimarse recursos por ello, como en la sentencia de 14 de junio de 2011, Causa ROL N° 4199-2011: "*Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 474 del Código del Trabajo, el recurso de unificación de jurisprudencia se regirá por las normas establecidas en el Párrafo 5° del Capítulo II, del Título I del Libro V del Código del Trabajo y supletoriamente por las disposiciones del Libro I del Código de Procedimiento Civil, donde se encuentran los artículos 200 y 201 de este cuerpo legal. Por consiguiente, resulta exigencia legal la comparecencia ante esta Corte del recurrente para los efectos de continuar con la tramitación pertinente, lo que no se ha cumplido en la especie. Por estas consideraciones y normas legales citadas, se declara desierto el recurso de unificación de jurisprudencia*". Se aplican los artículos 200 y 201 relativos a la apelación para fundamentar su negativa a conocer del recurso.

[55] Grupo Proceso Laboral y Previsional de la Comisión de Administración de Justicia y Reformas Procesales, Nuevo Recurso de Unificación de Jurisprudencia en Oficio N° 50, Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G., 2008, Santiago.

[56] Silva M, Rodrigo, "Reflexiones sobre los recursos en el nuevo procedimiento laboral", en *Informativo Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, N° 45, 2008, Chile, pág. 12-15.

[57] Entrevista con Jorge Silhi Zarzar, Abogado, Universidad de Concepción, Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco y Autónoma de Chile; Temuco, Chile, 11 de agosto de 2011.

Derecho mexicano: La contradicción de tesis

Al tratar el derecho mexicano, nos referiremos a los sistemas legales de integración de jurisprudencia, no a los recursos propiamente tales. En este derecho se establece la jurisprudencia obligatoria, pero ésta será vinculante sólo si cumple con los supuestos legales establecidos en cualquiera de los tres sistemas de integración de jurisprudencia. Este sistema en sí no tiene un homónimo en el derecho chileno, pero si nos remitimos a una de sus tres modalidades, las similitudes con nuestro recurso de unificación de jurisprudencia son manifiestas en sus puntos centrales.

Para lograr entender lo anterior, primero debemos señalar que la jurisprudencia en el derecho mexicano ha sido definida por Burgoa como: "*Las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señale la ley*"[58]. Es, en esencia, una norma originada por los tribunales jurisdiccionales a través de la cual se fija la interpretación de normas generales y abstractas, con **ciertos efectos obligatorios**[59]. Esto se fundamenta en que garantiza "*la gran necesidad que el Estado moderno tiene de estabilizar un orden jurídico*"[60], siendo éste uno de sus objetivos naturales.

El artículo 94, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone el alcance de la jurisprudencia: "*La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación*". Además, la Ley de Amparo está encargada de regularla en sus artículos 192 a 197-B, donde se establecen las normas relativas a la obligatoriedad, creación, integración, modificación, interrupción y publicación de la jurisprudencia, también determina los órganos del Poder Judicial que están encargados de declararla. Estas normas se vinculan con los artículos 177 a 179 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, los cuales expresan que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sus Salas (primera y segunda) y los Tribunales Colegiados

[58] Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 35ª edición, 1999, pág. 821.
[59] Martínez Cruz, Edgar, "La función integradora de la jurisprudencia" [on line], [13 de julio de 2011]. Disponible en la www.avizora.com/publicaciones/derecho/textos/0083_funcion_integradora_jurisprudencia.htm.
[60] Castro, Juventino V., *Lecciones de garantías y amparo*, Editorial Porrúa, México, 7a. edición, 1991, pág. 563.

de Circuito pueden emitir jurisprudencia atendiendo a los requisitos necesarios establecidos por la propia ley[61]. Hay que aclarar que en el derecho mexicano se habla de jurisprudencia de acuerdo al concepto dado anteriormente, esto es, la jurisprudencia consiste en decisiones de carácter obligatorio que emanan de determinados órganos jurisprudenciales. Por tanto, no todos los órganos crean jurisprudencia, a diferencia de nuestro derecho, en el que se le da un sentido amplio, pues se entiende que de todos los Tribunales de Justicia emana jurisprudencia[62].

En el derecho mexicano se establece a la jurisprudencia como fuente formal indirecta del Derecho, a través de la cual se interpreta la ley si ésta es confusa, o bien, se integra cuando las normas jurídicas no contengan la solución al caso particular[63].

Para la última hipótesis, se crearon los sistemas de integración o creación de jurisprudencia, que son la jurisprudencia por reiteración, al igual que la jurisprudencia emitida en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales y, finalmente, la que nos interesa es la **jurisprudencia por unificación o contradicción de tesis**[64].

Esta última forma de creación de jurisprudencia se ubica en el artículo 107, fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en el artículo 197, primer párrafo, y 197-A de la Ley de Amparo[65].

Para que proceda debe denunciarse la contradicción por quienes taxativamente señala la ley ante la Suprema Corte de Justicia. La contradicción de tesis puede provenir de los Tribunales Colegiados de Circuito o de la misma Suprema Corte de Justicia, cuyas resoluciones han sido dictadas en un juicio de amparo de su competencia. Si la contradicción proviene de los Tribunales Colegiados de Circuito, la Suprema Corte conocerá en pleno o en sala; pero si la denuncia es contra una resolución de la Suprema Corte, conocerá en pleno. Una vez

[61] Instituto de investigaciones jurisprudenciales y de promoción y difusión de la ética judicial, Apuntes de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [on line], [14 de julio de 2011]. Disponible en la www.docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:vb79sNtZCr0J:www2.scjn.gob.mx/nvestigacionesjurispru denciales/documentos/apuntes-de-jurisprudencia.pdf+&hl=es-419&gl=cl&pid=bl&srcid=ADGEESikNdI7zI QORMqVHuqAiT53TR1aRvBgMnzC6T9nVWcWVId0k2NuaflRajFqOGAjoI-P67AjQbIP-yms1CH12LaOS tpobuLOzAV3RUH2pMaXaM5E6mghBpOYMEWac5TafERPfUfnL&sig=AHIEtbTgJGriHykBkXZaROn_ 5OfRCtpuxw.

[62] Pacheco G, Máximo, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, pág. 346.

[63] Martínez Cruz, Edgar, "La función integradora de la jurisprudencia" [on line], [13 de julio de 2011]. Disponible en la www.avizora.com/publicaciones/derecho/textos/0083_funcion_integradora_jurisprudencia.htm.

[64] Ídem.

[65] Instituto de investigaciones legislativas, Apuntes legislativos: La Jurisprudencia en México en Sexagésima Primera Legislatura 2009-2012, Poder legislativo del Estado de Guanajuato, N° 44, 2010, México, págs. 4-5, 19-22, 29-34.

dictada la resolución respectiva por la Suprema Corte, la tesis que decida será establecida como jurisprudencia[66].

El objeto de la contradicción de tesis es mantener la unidad de interpretación de las normas que conforman su ordenamiento jurídico, resolviendo los criterios que deben predominar cuando hay oposición entre las tesis que sustenten determinados órganos jurisdiccionales respecto de una misma cuestión jurídica[67].

Sólo al mencionar sus aspectos generales son claras las similitudes con nuestro recurso de unificación de jurisprudencia, como en la misma finalidad de uniformar criterios, sin considerar la obligatoriedad del sistema mexicano. Además, como en Chile, la contradicción de tesis puede darse de resoluciones emitidas por dos Tribunales de Justicia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito[68].

Otra analogía importante es que la contradicción debe recaer en el mismo asunto de derecho y, como en el sistema chileno, el término contradicción se entiende en un sentido amplio, es decir, puede tratarse de una oposición recíproca o sólo de tesis divergentes en relación con una misma cuestión jurídica[69].

Además, la diferencia de criterios debe existir en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas[70]. Por

[66] El artículo 107 dispone que: "*Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:*
XIII. *Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito* ***sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia****, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados Tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán* ***denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia****, a fin de que el Pleno o la Sala respectiva, según corresponda, decidan* ***la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.*** *Cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo materia de su competencia, cualquiera de esas Salas, el Procurador General de la República o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieran sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, que funcionando en pleno decidirá cuál tesis debe prevalecer.*
La ***resolución*** *que pronuncien las Salas o el Pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores,* ***sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción...***"

[67] Naranjo Guevara, Gabriela, "Derecho comparado, México-Colombia: La jurisprudencia", en Revista electrónica de Promoción de la Cultura y la Educación Superior del Bajío, A.C., Universidad Iberoamericana León [on line], N°15, 2010 [14 de julio de 2011], págs. 1-4, 16-17. Disponible en la www.amoxcalli.leon.uia.mx/Epikeia/numeros/15/epikeia15-jurisprudencia.pdf.

[68] Ídem.

[69] Instituto de investigaciones jurisprudenciales y de promoción y difusión de la ética judicial, Apuntes de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [on line], [14 de julio de 2011]. Disponible en la www.docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:vb79sNtZCr0J:www2.scjn.gob.mx/nvestigacionesjurispru denciales/documentos/apuntes-de-jurisprudencia.pdf+&hl=es-419&gl=cl&pid=bl&srcid=ADGEESikNdI7 zIQORMqVHuqAiT53TR1aRvBgMnzC6T9nVWcWVId0k2NuaflRajFqOGAjolP67AjQblP-yms1CH12 LaOStpobuLOzAV3RUH2pMaXaM5E6mghBpOYMEWac5TafERPfUfnL&sig=AHIEtbTgJGriHykBkXZ aROn_5OfRCtpuxw.

[70] Ídem.

consiguiente, la denuncia de contradicción de tesis procede cuando se han contrapuesto las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas contenidas en la parte considerativa de las sentencias respectivas, que son las que componen las tesis sostenidas por los órganos jurisdiccionales. Por tanto, la oposición debe existir en la sustancia de la controversia jurídica. Configurándose otra similitud con nuestro sistema, pues en éste debe recaer en la materia de derecho objeto de la sentencia[71].

Como se desprende de lo anterior, la cuestión jurídica debatida por las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiado de Circuito debe ser de derecho, no de hecho, como en el recurso de unificación de jurisprudencia[72].

El artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que no se pueden afectar las situaciones jurídicas creadas en las sentencias que llevaron a la formación de la jurisprudencia controvertida, así como en el derecho chileno, pues la Corte Suprema no puede alterar las situaciones jurídicas establecidas en las distintas tesis que sirven de fundamento al recurso de unificación[73].

Sin embargo, también existen diferencias entre la contradicción de tesis y el recurso de unificación de jurisprudencia. En primer lugar, la más importante es que lo declarado en la resolución que se pronuncia sobre la contradicción de tesis será obligatorio para cualquier tribunal. En cambio, como hemos mencionado, la sentencia de unificación en el derecho chileno sólo produce efectos relativos. Asimismo, hay que destacar que en el derecho mexicano, al no tratarse la contradicción de tesis de un recurso, ésta se denuncia a los órganos competentes y sólo pueden denunciar los que la ley señala, en este sentido, es más limitado que nuestro recurso de unificación. Aunque es más amplio, respecto de que procede contra resoluciones definitivas y no sólo contra una sentencia específica señalada por la ley, como en el derecho chileno[74].

A pesar de la distinta naturaleza jurídica de la contradicción de tesis y el recurso de unificación de jurisprudencia, son manifiestas las semejanzas entre ellos al

[71] Instituto de investigaciones jurisprudenciales y de promoción y difusión de la ética judicial, Apuntes de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [on line], [14 de julio de 2011]. "Disponible en la www.docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:vb79sNtZCr0J:www2.scjn.gob.mx/nvestigacionesjurispru denciales/documentos/apuntes-de-jurisprudencia.pdf+&hl=es-419&gl=cl&pid=bl&srcid=ADGEESikNdI7zI QORMqVHuqAiT53TR1aRvBgMnzC6T9nVWcWVId0k2NuaflRajFqOGAjoI-P67AjQbIP-yms1CH12La OStpobuLOzAV3RUH2pMaXaM5E6mghBpOYMEWac5TafERPfUfnL&sig=AHIEtbTgJGriHykBkXZaR On_5OfRCtpuxw".

[72] Ídem.

[73] Ídem.

[74] Naranjo Guevara, Gabriela, "Derecho comparado, México-Colombia: La jurisprudencia", en *Revista electrónica de Promoción de la Cultura y la Educación Superior del Bajío, A.C., Universidad Iberoamericana León*, [on line], N°15, 2010 [14 de julio de 2011], págs. 1-4, 16-17. Disponible en la www.amoxcalli.leon.uia.mx/Epikeia/numeros/15/epikeia15-jurisprudencia.pdf.

analizar las variantes que los componen. No obstante, los antecedentes históricos del sistema mexicano de contradicción son anteriores a los nuestros, se remontan al 10 de agosto de 1987 que, junto a otras modificaciones, se conoció como "La Reforma Judicial de 1987"[75]. Esto, con las similitudes demostradas, nos da una posible base de inspiración en la creación del recurso de unificación de jurisprudencia; creemos que al instaurarse en nuestro país un recurso esencialmente similar a la contradicción de tesis que proviene de un sistema de precedentes, genera nuevamente cierta incertidumbre respecto de cuál será el camino que eventualmente podría adoptar nuestro ordenamiento jurídico.

Derecho peruano: La finalidad esencial de la casación laboral

En el ordenamiento jurídico peruano el precedente judicial tiene fuerza vinculante bajo los supuestos y casos que prescribe la ley[76]. Así, en su sistema jurídico existen cuatro casos en que los tribunales de justicia generan precedentes obligatorios, de los cuales sólo nos interesa uno. Primero, están las sentencias del Tribunal Constitucional, que pueden o no ser vinculantes para el propio Tribunal y demás órganos del Estado, pues sólo lo serán si en el texto de la sentencia se establece de esa forma[77]. Otro caso se da en el Código Procesal Civil, también en el Código de Procedimiento Penal y, finalmente, está la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en su artículo 22 da carácter obligatorio a la jurisprudencia de la casación laboral, si se observa lo señalado en ella[78].

La casación laboral peruana es más antigua que el recurso de unificación de jurisprudencia chileno, pues la Ley N° 26.636[79] se promulgó el 21 de junio de 1996, en reemplazo del Decreto Supremo 03-80-TR, incluyendo expresamente al recurso de casación en el capítulo III de su sección quinta (medios de impugnación), posteriormente modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27.021, publicada el 23 de diciembre de 1998, actualmente en vigencia[80].

---

[75] Ídem.

[76] Torres Vásquez, Aníbal, La jurisprudencia como fuente del derecho [on line], [21 de julio de 2011]. Disponible en la www.etorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html.

[77] Ídem.

[78] Artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "*Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano de las ejecutorias que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial El Peruano, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan*".

[79] Ley Procesal de Trabajo.

[80] Elías Mantero, Fernando, "El recurso de casación laboral" [on line], [22 de julio de 2011]. Disponible

Una de las características de la casación laboral peruana es que se creó como un recurso extraordinario que se aboca a revisar los asuntos de derecho de las resoluciones impugnadas, cuyo conocimiento corresponde a la Corte Suprema de la República[81]. Lo interesante es que a diferencia de la casación chilena, donde la uniformidad es un fin accesorio, sin mayor relevancia, pues en nuestro ordenamiento jurídico no existe el precedente obligatorio, en la casación laboral peruana la unidad de la jurisprudencia es la finalidad principal y esencial, por ese hecho deja de ser relevante que tengan denominaciones análogas y este último recurso pasa, si nos situamos en un marco comparativo, a asimilarse al recurso de unificación de jurisprudencia, sin perjuicio de que los efectos respecto a la fuerza vinculante de los fallos que se pronuncian sobre los respectivos recursos son distintos.

Esto se refuerza con el artículo 54 de la Ley Procesal del Trabajo al señalar que sus fines esenciales son: "*La correcta aplicación e interpretación de las normas materiales del Derecho Laboral, Provisional y de Seguridad Social y* ***la unificación de la jurisprudencia laboral nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República***". Ratificado, además, por el artículo 384 del Código Procesal Civil[82].

Entonces, está claro que la función uniformadora constituye la esencia de este recurso y ese es uno de los vínculos que tiene con nuestro recurso de unificación. Esta finalidad, según los planteamientos de la doctrina peruana, "*se encuentra orientada a conformar una unidad jurídica y a garantizar el principio de igualdad ante la ley, es decir, que se tienda a una aplicación e interpretación de la norma jurídica común en todo el territorio nacional, ya que siendo las leyes abstractas y generales, es factible obtener una interpretación unificada que tenga efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía*"[83].

Ahora existen cuatro causales para que proceda la casación laboral, establecidas en el artículo 56 de la Ley N° 27.021[84], en una de ellas podemos identificar

en la www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6c2d818046d48a04a929a944013c2be7/9.+El+Recurso+de+Casaci% C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6c2d818046d48a04a929a944013c2be7.

[81] Paredes Infanzón, Jelio, "La casación laboral, análisis jurisprudencial y propuestas modificatorias" [on line], [21 de julio de 2011]. Disponible en la www.cybertesis.edu. pe/sisbib/2008/paredes_ij/pdf/paredes_ij.pdf: "C*on el fin general de controlar adecuadamente la aplicación e interpretación de las normas jurídicas en materia sustancial y la no vulneración del debido proceso, en concordancia con la Constitución Política, teniendo como finalidad principal la uniformización de la jurisprudencia nacional*".

[82] Paredes Infanzón, Jelio, "El recurso de casación: su visión peruana" [on line], [22 de julio de 2011], Disponible en la www.amag.edu.pe/web/html/servicios/archivos_articulos/2004/casacion_peruana_2004 .pdf.

[83] Paredes Infanzón, Jelio, "La casación laboral, análisis jurisprudencial y propuestas modificatorias", [on line], [21 de julio de 2011]. Disponible en la www.cybertesis.edu. pe/sisbib/2008/paredes_ij/pdf/paredes_ij.pdf.

[84] Artículo 56 de la ley N° 27.021: "*Son causales para interponer el recurso de casación:*
a) La aplicación indebida de una norma de derecho material.
b) La interpretación errónea de una norma de derecho material.
c) La inaplicación de una norma de derecho material.

claramente la similitud con nuestro recurso, ésta es "*la contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, siempre que dicha contradicción esté referida a una de las causales anteriores*"[85]. En esta causal se refleja parte de la estructura del recurso de unificación de jurisprudencia, pues, en términos genéricos, se requiere que existan resoluciones con contenidos contradictorios, dictadas por Tribunales Superiores de Justicia, en causas similares. No obstante, la casación laboral apunta específicamente a que la contradicción debe recaer en resoluciones que se pronuncien sobre "las otras causales" de este medio de impugnación, por ejemplo, si la Corte Suprema falla de una determinada manera al dictar una resolución sobre la aplicación indebida de una norma material y, en una sentencia anterior, había adoptado una doctrina manifiestamente contraria[86]. Entonces, la casación laboral es más limitada que el recurso de unificación de jurisprudencia, pues en nuestro recurso sólo se exige que la contradicción recaiga en la materia de derecho objeto del juicio, no en causales especificas. Sin embargo, esta afirmación se ve apaciguada porque se desprende de la redacción del artículo que las "otras causales" tienen un alcance amplio.

Otra característica de la causal de la casación laboral que estamos analizando es que los fallos en contra de los cuales se interpone el recurso pueden ser dictados por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, siendo estas últimas un órgano jurisdiccional análogo, en sentido funcional y jerárquico, a nuestras Cortes de Apelaciones[87]. Además, la doctrina menciona como requisito para deducir el recurso, que exista una pretensión objetivamente similar entre las resoluciones contradictorias, tanto en los fundamentos de hecho como en los de derecho, lo que configura otra semejanza con la unificación de jurisprudencia chilena[88].

También coinciden en que es requisito del escrito de interposición que se establezca el fundamento de la contradicción. Y, junto al escrito, acompañar copias de dos o más resoluciones contradictorias.

d) La contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, siempre que dicha contradicción esté referida a una de las causales *anteriores*".

[85] Elías Mantero, Fernando, "El recurso de casación laboral" [on line], [22 de julio de 2011]. Disponible en la www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6c2d818046d48a04a929a944013c2be7/9.+El+Recurso+de+Casaci%C3% B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6c2d818046d48a04a929a944013c2be7.

[86] Paredes Infanzón, Jelio, "La casación laboral, análisis jurisprudencial y propuestas modificatorias" [on line], [21 de julio de 2011]. Disponible en la www.cybertesis.edu. pe/sisbib/2008/paredes_ij/pdf/paredes_ij.pdf.

[87] Poder Judicial de la República del Perú, Cortes Superiores: Funciones [on line], [24 de julio de 2011]. Disponible en la www.historico.pj.gob.pe/Cortesuperior/cortes.asp?opcion=función es.

[88] Paredes Infanzón, Jelio, "La casación laboral, análisis jurisprudencial y propuestas modificatorias", [on line], [21 de julio de 2011]. Disponible en la www.cybertesis.edu. pe/sisbib/2008/paredes_ij/pdf/paredes_ij.pdf.

Pero, como mencionamos, la diferencia fundamental recae en los efectos de la sentencia que se pronuncia sobre el recurso de casación laboral, ésta constituye precedente obligatorio para los Tribunales Inferiores, salvo que expresamente la Sala Suprema no lo disponga así en la resolución respectiva, para ello debe justificar, indicando los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa, como se dispone en el citado artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[89].

Es necesario recordar que la finalidad de uniformar la jurisprudencia tiene una exigencia mayor en la casación laboral que en nuestro recurso de unificación de jurisprudencia, en el sentido que la primera está instaurada en un sistema jurídico donde la regla general es el precedente con fuerza obligatoria, por lo que la unidad jurisprudencial cobra primordial importancia, constituyéndose en una de las bases de ese ordenamiento jurídico[90].

Las expectativas que se colocaron en este medio de impugnación fueron muy altas, respecto a su correcto funcionamiento y eficacia en la práctica, especialmente al momento de unificar la jurisprudencia. Sin embargo, la casación laboral es objeto de numerosas críticas que recaen en que no ha cumplido sus fines, al contrario, se ha transformado en un obstáculo a la unidad jurisprudencial que tanto preocupa lograr a dicho país. En concreto, no se ha uniformado jurisprudencia y el proceso judicial a que está sujeto el recurso es extremadamente dilatorio, incluso algunos autores atribuyen este fracaso a falta de interés de la Corte Suprema en uniformar jurisprudencia[91], señalándose que "*en materia laboral no debería existir este medio de impugnación, por la demora que origina*"[92].

Quizás deberíamos considerar la experiencia peruana con la casación laboral para evitar seguir el mismo camino en el que se encuentran, ya que a más de una década de haberse instaurado esa institución no han logrado acercarse a una efectiva unidad jurisprudencial[93].

---

[89] Ídem.

[90] Torres Vásquez, Aníbal, "La jurisprudencia como fuente del derecho" [on line], [21 de julio de 2011]. Disponible en la www.etorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html.

[91] Paredes Infanzón, Jelio, "La casación laboral, análisis jurisprudencial y propuestas modificatorias", [on line], [21 de julio de 2011]. Disponible en la www.cybertesis.edu. pe/sisbib/2008/paredes_ij/pdf/paredes_ij.pdf: "*En once años, de aplicación de este recurso extraordinario, por la ley 26.636, modificado por la ley 27.021, no ha llegado a cumplir los fines para la cual fue implantada en el país. No ha respondido esta institución a las expectativas que tenían los operadores jurídicos, como son los abogados, magistrados, litigantes, en la actualidad siguen los problemas, resultando inoperante esta institución tal como se está aplicando en la actualidad*".

[92] Elías Mantero, Fernando, "El recurso de casación laboral" [on line], [22 de julio de 2011]. Disponible en la www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6c2d818046d48a04a929a944013c2be7/9.+El+Recurso+de+Casaci%C3 %B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6c2d818046d48a04a929a944013c2be7.

[93] Nuestra Corte Suprema, al resolver sobre ciertas materias en el recurso de unificación de jurisprudencia, ha incurrido en divergencias considerables que dificultan aun más lograr el fin del recurso, lo preocupante es si llegáramos a determinar que eso se debe al cambio de miembros en la sala especializada, pues, en ese caso, se transformaría en un recurso extremadamente inestable. Entrevista con Jorge Silhi Zarzar, Abogado, Universidad de Concepción, Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco y Autónoma de Chile; Temuco, Chile, 11 de agosto

Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 27 - Enero 2013 Universidad del Desarrollo

Derecho brasileño: la súmula vinculante

Una de las instituciones jurídicas más interesantes del derecho latinoamericano es la "súmula vinculante" de Brasil, que consiste en una declaración que hace el Supremo Tribunal Federal[94], por la que "*expresa su entendimiento consolidado sobre materia constitucional, como directriz de orientación a todos los órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública, constituyendo regla jurídica obligatoria*"[95].

Se introdujo en la Enmienda Constitucional N° 45 del 2004, que autorizó al Supremo Tribunal Federal a emitirla y opera en cualquier proceso sobre materia constitucional[96].

No obstante, las súmulas[97] tienen origen en 1963, también emitidas por el Supremo Tribunal Federal, pero con la función específica de orientación al Poder Judicial, incluyéndolo, pero éstas no tenían efecto vinculante.

Las súmulas del Supremo Tribunal Federal, que nacen en la *Casa da Suplicação* de la época colonial, eran de naturaleza oficial e indirectamente imperativas. Después adquirieron un fin orientador del propio Supremo Tribunal Federal, expandiéndose más tarde a los demás jueces[98]. Esto refleja que la introducción del efecto vinculante en la súmula no fue arbitraria, pues tuvo que pasar varias etapas, un proceso de maduración para que se considerara necesaria esa medida, está claro que no fue a sabiendas, pero es una forma correcta de aprovechar una institución con una base sólida para un cambio importante como es implantar el precedente obligatorio en un sistema jurídico; en ese

de 2011: "*Durante mucho tiempo la decisión de aplicar el plazo de prescripción extintiva del artículo 510 del Código del Trabajo, de dos años (prescripción de los derechos) o el de seis meses (prescripción de acciones de actos o contratos contados desde la terminación del contrato), pasaba por distinguir si el derecho tenía su fuente en la ley o en los actos y contratos de las partes, es decir, para resolver cuándo aplicar el plazo del inciso primero, o bien, del inciso segundo, distinguían si el derecho emanaba del legislador y, en ese caso, se aplicaba el plazo de dos años, pero si el derecho nacía de actos o contratos se aplicaban los seis meses, era permanente esa doctrina.*
En cambio, ahora hay una nueva doctrina de distinguir si el contrato se encuentra vigente o terminado, si está vigente se aplica el plazo de prescripción de dos años, pero si está terminado el plazo es de seis meses".

[94] Supremo Tribunal Federal: nombre oficial de la Suprema Corte del país conforme el texto del artículo 102 de la Constitución Federal.

[95] Viveiros Mauro, "El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual" [on line], [7 de marzo de 2012]. Disponible en la http://eprints.ucm.es/12685/1/T32408.pdf.

[96] Ferreira Mendes, Gilmar, "La jurisdicción constitucional en Brasil: las relaciones entre el Supremo Tribunal Federal y los demás jueces y tribunales", en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N° 21, 2008, Bogotá, págs. 46-48.

[97] Supremo Tribunal Federal, Glosario jurídico: súmula (jurisprudencia vinculada), [on line], [5 de marzo de 2012]. Disponible en la http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verGlossario.php?sigla=portalStf Glossario_es_es&indice=S&verbete=190391: "*Palabra originaria del latín Summula, que significa sumario, limitado, resumen*".

[98] Ferreira Mendes, Gilmar, "La jurisdicción constitucional en Brasil: las relaciones entre el Supremo Tribunal Federal y los demás jueces y tribunales", en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N° 21, 2008, Bogotá, págs. 46-48.

sentido, una institución consolidada en nuestro sistema sería el recurso de casación en el fondo.

Ahora bien, con la Enmienda del 2004, el artículo 103-A de la Constitución de la República Federativa del Brasil es el encargado de regular la súmula vinculante señalando, en primer lugar, los requisitos para establecerla, o "editar" la súmula, como ellos denominan. Éstos son que existan reiteradas decisiones sobre la materia constitucional, es decir, varios precedentes en el mismo sentido, con la misma interpretación, y aprobación por la mayoría de los dos tercios de los votos del Supremo Tribunal Federal (ocho votos), que puede actuar de oficio o por provocación[99]. Se ha sostenido que el primer requisito se exige porque a través de esas múltiples sentencias se puede tener seguridad, al menos relativa, de que se ha logrado un conocimiento acabado sobre una cuestión jurídica determinada, por tanto se llegaría a la solución correcta[100]. A diferencia del recurso de unificación chileno, donde basta que se presente como fundamento una sentencia con distinta interpretación.

La parte primera de esta disposición constitucional señala el fundamento de la institución, esto es, garantizar la seguridad jurídica y la rapidez de los procesos judiciales cuando existe conflicto sobre la validez, interpretación o eficacia de una determinada norma, las cuales pueden ser federales, estatales o municipales, por la amplia competencia del Supremo Tribunal Federal, pero siempre respecto de materias constitucionales, sea que el conflicto recaiga entre éstas y normas infraconstitucionales o sólo entre normas constitucionales, susceptibles de ser uniformadas[101].

En cuanto a la aprobación, revisión y revocación de la súmula, sólo pueden pedirlas los legitimados activos de la acción directa de inconstitucionalidad[102],

[99] Artículo 103-A: "*El Supremo Tribunal Federal podrá, de oficio o por provocación, mediante decisión de dos tercios de sus miembros, tras reiteradas decisiones sobre materia constitucional, aprobar súmula que, a partir de su publicación en la prensa oficial, tendrá efecto vinculante en relación a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal, bien como proceder a su revisión o anulación, en la forma establecida en ley.*
1° La súmula tendrá por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas, acerca de las cuales haya controversia actual entre órganos judiciales o entre esos y la administración pública, que acarree grave inseguridad jurídica y relevante multiplicación de procesos sobre cuestión idéntica.
2° Sin perjuicio de lo que venga a ser establecido en ley, la aprobación, revisión o anulación de súmula podrá ser provocada por aquellos que pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad.
3° Del acto administrativo o decisión judicial que contrarie la súmula aplicable o que indebidamente la aplique, cabrá reclamación al Supremo Tribunal Federal, que, juzgándola procedente, anulará el acto administrativo o suspenderá la decisión judicial reclamada, y determinará que otra sea pronunciada con o sin la aplicación de la súmula, conforme el caso".

[100] Ferreira Mendes, Gilmar, La jurisdicción constitucional en Brasil: las relaciones entre el Supremo Tribunal Federal y los demás jueces y tribunales en Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, N° 21, 2008, Bogotá, págs. 46-48.

[101] Ídem.

[102] Son legitimados, de acuerdo con la Ley N° 11.417 del 2006: i - el Presidente de la República; ii - la Mesa del Senado Federal; iii - la Mesa de la Cámara de Diputados; iv - el Procurador General de la

si la ley no señala otra cosa, requiriendo para las dos últimas el mismo quórum que se exige para la aprobación. Sin perjuicio que el Supremo Tribunal puede actuar de oficio. Sólo una vez publicada la súmula en el Diario Oficial de la Unión adquiere fuerza vinculante[103].

Además, es importante destacar que se concede la oportunidad de reclamación ante el Supremo Tribunal Federal cuando se vulnere una súmula vinculante a través de un acto administrativo o una sentencia judicial. El Supremo Tribunal debe deliberar si es procedente el reclamo, caso en el cual anula o suspende, respectivamente; ordenando que se adopte una nueva decisión, que puede integrar o no a la súmula en conflicto. Sin embargo, esa reclamación no es un recurso procesal, pues la Ley N° 11.276 del 2006 "*da carácter impeditivo de recursos a esta institución, o sea, la existencia de súmula vinculante sobre determinada materia constitucional impide que el juez acepte el recurso contra la sentencia que esté en conformidad con la súmula*"[104], es decir, se constituye como el cierre de procesos sobre esa materia.

Finalmente, se pueden restringir los efectos vinculantes de la súmula, así lo establece la Ley N° 9.868 de 1999, que concede al Supremo Tribunal la facultad de limitar sus efectos o resolver que sólo los produzca en la oportunidad que este Tribunal decida[105].

Queda de manifiesto que la súmula vinculante es una institución jurídica radicalmente distinta del recurso de unificación de jurisprudencia, comenzando en que opera sólo a nivel constitucional, no tiene carácter de recurso procesal y tiene efecto *erga omnes* para todos los órganos judiciales y administrativos. Era necesario exponer previamente su regulación para identificar que el derecho brasileño se encargó de crear una institución bastante equilibrada en todos sus aspectos procesales, donde no existe simil con el recurso de unificación, salvo en el pseudoprecedente que se contempla en el nuestro. Ni siquiera se podría criticar el precedente obligatorio de la súmula, pues se da la oportunidad de revisión o revocación, cuyo fundamento fue el constante cambio de la sociedad

República; v - el Consejo Federal del Orden de los Abogados de Brasil; vi – el Defensor Público-General de la Unión; vii - los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional; viii - la confederación sindical o las entidades de clase de ámbito nacional; ix - la Mesa de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal; x – el Gobernador de Estado o del Distrito Federal; xi - los tribunales superiores, los tribunales de Justicia de estados o del Distrito Federal y territorios, los tribunales regionales del Trabajo, los tribunales regionales electorales y los tribunales militares.

[103] Ferreira Mendes, Gilmar, "La jurisdicción constitucional en Brasil: las relaciones entre el Supremo Tribunal Federal y los demás jueces y tribunales", en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N° 21, 2008, Bogotá, págs. 46-48.

[104] Supremo Tribunal Federal, Glosario jurídico: súmula (jurisprudencia vinculada), [on line], [5 de marzo de 2012]. Disponible en la http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verGlossario.php?sigla=portalStf Glossario_es_es&indice=S&verbete=190391.

[105] Ferreira Mendes, Gilmar, "La jurisdicción constitucional en Brasil: las relaciones entre el Supremo Tribunal Federal y los demás jueces y tribunales", en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N° 21, 2008, Bogotá, págs. 46-48.

y del derecho, es decir, previeron el peligro de un precedente obligatorio que paralizara la vida jurídica[106].

No obstante, el control de constitucionalidad en el derecho brasileño ha sido controvertido, con una evolución variada, y a principios del 2000 requería estabilidad, principalmente porque se basa en dos sistemas jurídicos de constitucionalidad, el europeo y el norteamericano. Esto nos muestra el origen de la instauración del precedente en ese sistema, que se contemplaba antes de la reforma del 2004, pero no en términos absolutos como en la súmula vinculante. Entonces, el efecto vinculante de la súmula fue considerado como un medio para alcanzar la estabilidad en el control de constitucionalidad[107].

Derecho español: fuente directa del recurso de unificación de jurisprudencia

Cuando se buscan antecedentes del recurso de unificación de jurisprudencia, es inevitable, o más bien obligatorio, situarnos en el derecho español y hablar del recurso de casación para la unificación de la doctrina en materia laboral, pues nuestros autores han reconocido la influencia directa que tuvo este recurso en la creación del medio de impugnación chileno. Incluso Caballero[108] señala que nuestro recurso fue tomado de la legislación española, por tanto no sería sólo un modelo que se siguió, sino una reproducción del recurso español que, para Halpern y Humeres, el legislador chileno estableció con ciertas modificaciones que han impactado de forma negativa, pues se ha "*alterado su objetivo y eficacia, tanto procesal como sustantiva*"[109].

El recurso de casación para la unificación de la doctrina fue instaurado en la Ley de Bases de Procedimiento Laboral el 12 de abril de 1989, que, en principio, se contempló en la Base 35ª, luego en el Texto articulado de 27 de abril de 1990 y, actualmente, se regula en los artículos 216 a 226 del Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1995, que fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril[110].

---

[106] Ídem.

[107] Viveiros Mauro, "El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual" [on line], [7 de marzo de 2012]. Disponible en la http://eprints.ucm.es/12685/1/T32408.pdf.

[108] Grupo Proceso Laboral y Previsional de la Comisión de Administración de Justicia y Reformas Procesales, Nuevo Recurso de Unificación de Jurisprudencia, en Oficio N° 50, Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G., 2008, Santiago. En este sentido, Delgado Castro, Jordi, "La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33, 2009, Valparaíso, págs. 345-367.

[109] Halpern Montecino, Cecily, Humeres Noguer, Héctor, "La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: El recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N°21, 2010, Chile, pág. 348.

[110] Jiménez Fortea, Francisco Javier, "Origen del recurso de casación para la unificación de doctrina laboral", en *Revista de treball, economia i societat*, Generalitat Valenciana, N° 13, 1999, España, págs. 19-35.

La doctrina menciona una particularidad en cuanto al origen de este recurso, pues su instauración no fue una creación fortuita del legislador, no fue por el simple hecho de querer innovar el sistema, sino que surgió la necesidad de un medio de impugnación laboral que tuviera como finalidad uniformar la jurisprudencia[111]. De Val expresa que "*era una necesidad desde todo punto de vista, debido a la reinterpretación de diversos preceptos por los Tribunales y a la nueva demarcación de la planta judicial*"[112], porque con la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, se reforma el procedimiento laboral, constituyéndose una nueva organización estructural; a lo que se une la cesación del Tribunal Central de Trabajo[113]. Con esta nueva estructura orgánica de los tribunales, al estar constituida por veintiuna Salas en lo Social, se quiso prever el problema de que nacieran múltiples doctrinas en distintos sentidos que vulneraran la seguridad jurídica, la igualdad en la aplicación de la ley y la primacía jurisdiccional del Tribunal Supremo[114]. Lo que difiere con la motivación que tuvo el legislador chileno para introducir el recurso de unificación de jurisprudencia, pues no surgió ninguna exigencia de carácter estructural, sino que se basa en los motivos generales que incitaron la reforma procesal laboral y quizás para dar un lugar a la Corte Suprema en el restrictivo régimen de recursos que se contempla.

Ahora bien, comenzamos mencionando que para la doctrina el recurso español es antecedente directo del recurso de unificación de jurisprudencia, por sus manifiestas similitudes. Una de ellas la encontramos en su objeto contemplado en el artículo 217 de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral, pues en términos generales, recordando el artículo 483 de nuestro Código del Trabajo, ambos recursos tienen la finalidad de uniformar doctrinas contradictorias contempladas en sentencias dictadas por tribunales de rango superior[115].

---

[111] Ídem. En el mismo sentido, Delgado Castro, Jordi, "La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33, 2009, Valparaíso, págs. 345-367; Halpern Montecino, Cecily; Humeres Noguer, Héctor, "La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: El recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 21, 2010, Chile, pág. 348.

[112] De Val Arnal, José Jesús, "La accesibilidad a la documentación jurídica como garante de la tutela judicial efectiva: El recurso de casación para la unificación de la doctrina en la Ley de Procedimiento Laboral", en *Boletín de la ANABAD*, Universidad de Zaragoza, N° 3-4, Tomo 41, 1991, Zaragoza, págs. 469-480.

[113] Ídem.

[114] Para una correcta compresión puede consultarse: Jiménez Fortea, Francisco Javier, Origen del recurso de casación para la unificación de doctrina laboral en Revista de treball, economia i societat, Generalitat Valenciana, N° 13, 1999, España, págs. 19-35.

[115] Artículo 217 de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral: "*El recurso tendrá por objeto la* ***unificación de doctrina*** *con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran* ***contradictorias entre sí****, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los* ***mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación****, donde, en mérito a* ***hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales****, se hubiere llegado a* ***pronunciamientos distintos***".

Además, se exige que exista *contradicción* entre el fallo recurrido y los que se presentan como fundamento del recurso; los últimos, en virtud de la redacción del artículo, podrán ser más de uno. El examen que se realiza para determinar una posible contradicción entre dichas sentencias, requiere que los tribunales se hayan pronunciado de manera diversa respecto del mismo objeto, esto es, que existan decisiones contradictorias sobre *hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales*[116]. Es novedoso, pues no es necesario acreditar una identidad absoluta, dejándole un criterio abierto al Tribunal Supremo, quien tiene la competencia del recurso, al momento de determinar si lo acoge. No obstante, para esa determinación, el recurrente debe presentar una argumentación mínima que, según la jurisprudencia, tiene que ser al menos suficiente, mas no es necesario que sea detallada[117].

Por otra parte, un requisito indispensable para su procedencia es que se trate de los *mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación*[118]. En relación con esto, pueden interponer el recurso, según el artículo 218 de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral, cualquiera de las partes y el Ministerio Fiscal[119]; marcando una diferencia con nuestro recurso de unificación, que solo puede ser interpuesto por las partes ante la Corte de Apelaciones.

En el artículo 219 de la misma ley se regula una etapa de preparación del recurso de casación para la unificación de la doctrina, en la cual se debe presentar un escrito de preparación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, que se pronunció sobre la sentencia impugnada; coincidiendo con nuestro recurso al comenzar su tramitación en un tribunal distinto al que toma conocimiento[120].

Las partes o el Ministerio Fiscal tienen un plazo de diez días para presentar dicho escrito, en contraposición a los quince días que concede el legislador chileno para interponer el recurso de unificación de jurisprudencia[121]. Creemos que el plazo establecido por nuestro legislador es más adecuado, considerando las investigaciones previas que deben efectuar los abogados para interponer de manera óptima un recurso.

[116] Tribunal Supremo, Recurso 3219/1998, Sentencia de 3 de noviembre de 1999 [on line], [5 de septiembre de 2011]. "Disponible en la www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS &reference=2385478&links=%223219/1998%22&optimize=20040 515".
[117] Ídem.
[118] Ídem.
[119] De Val Arnal, José Jesús, "La accesibilidad a la documentación jurídica como garante de la tutela judicial efectiva: El recurso de casación para la unificación de la doctrina en la Ley de Procedimiento Laboral", en *Boletín de la ANABAD*, Universidad de Zaragoza, N° 3-4, Tomo 41, 1991, Zaragoza, págs. 469-480.
[120] Ídem.
[121] Ídem.

Pero hay que hacer una distinción importante, pues en los artículos 220 y 221 de esa ley, se dispone que una vez cumplidos los requisitos para recurrir ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se concede un plazo de veinte días siguientes a la fecha en que se le hizo el emplazamiento, para presentar un escrito de interposición ante dicho tribunal, distinto al de preparación[122]. Lógicamente, se deduce que existe una mayor carga procesal para el recurrente en el derecho español, pues en la legislación chilena solo se contempla un plazo y un escrito de interposición; no obstante, asimilamos el plazo de diez días para presentar el escrito de preparación a nuestro plazo de interposición, pues cumpliendo ese término y los requisitos para recurrir, el legislador español da acceso al Tribunal Supremo, aunque de manera distinta y más compleja que el legislador chileno; pero, finalmente, ambos términos son la primera gestión procesal para lograr que el Tribunal Supremo o la Corte Suprema tomen conocimiento de sus respectivos recursos, aunque se trate de escritos con denominaciones y contenidos distintos.

A pesar de estos puntos en contra del recurso de casación para la unificación de la doctrina, reconocemos que su articulado es superior al nuestro, en el sentido que contempla distintas situaciones, es una regulación más completa y detallada, como en su artículo 222[123], que establece los requisitos del escrito de interposición, donde, además de las claras coincidencias con el recurso chileno, se exige entregar certificación de la o las sentencias contrarias y, si no se cumple este requisito, se concede un plazo de diez días para enmendarlo, salvo una excepción[124]. Entonces, lo que habíamos planteado anteriormente como una creación de la Corte Suprema, no es más que una práctica copiada a la regulación legal del recurso de casación para la unificación de la doctrina. Sin embargo, esto no cambia nuestra perspectiva, seguimos sosteniendo que esa exigencia solo obstaculiza el acceso al conocimiento del recurso, peor aún en el derecho español, pues se suma una traba más a la dualidad de escritos y plazos.

Por su sola redacción, hemos expuesto una aparente complejidad en el proceso del recurso de casación para la unificación de la doctrina, que nos llevaría a for-

[122] Ídem.

[123] Artículo 222 de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral: "*El escrito de interposición del recurso deberá contener una* ***relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada,*** *con* ***aportación certificada de la sentencia o sentencias contrarias*** *y con* ***fundamentación de la infracción legal*** *cometida en la sentencia impugnada, así como del* ***quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.*** *La* ***no aportación de la certificación*** *de la sentencia o sentencias contrarias deberá* ***subsanarse*** *en el* ***plazo de diez días,*** *a menos que la parte acredite haberla solicitado en tiempo oportuno y no habérsele expedido, en cuyo caso el Secretario de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo la reclamará de oficio*".

[124] En este sentido, Halpern Montecino; Cecily, Humeres Noguer, Héctor, "La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: El recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N°21, 2010, Chile, pág. 349, señalan que: "*Comparado este texto con el establecido por la Reforma Procesal Laboral, es dable advertir la falta de rigurosidad de este último, tanto de los conceptos doctrinarios implícitos en la figura legal, como en el tratamiento procesal mismo*".

mular la hipótesis de una justicia española que cuenta con un retardo importante en su tramitación. No obstante, el profesor Delgado entrega antecedentes que revelan una experiencia que carece de toda dilación para resolver el asunto controvertido, señala que "*se ha conseguido que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sea la más efectiva en el sentido de la más eficaz...*"[125], logrando superar en gran medida el colapso de este tipo de tribunales, pues las soluciones a los conflictos que se someten a la decisión del Tribunal Supremo son más expeditas. Por otro parte, distingue entre esa respuesta veloz y una justicia más ágil, afirmando que la legislación española no ha logrado una justicia en ese sentido, al contrario, y en concordancia a lo que hemos expuesto, las exigencias de carácter formal para acceder al recurso son demasiadas, transgrediendo las garantías ciudadanas[126].

Podemos concluir, tomando la experiencia española, que con una regulación legal más acabada del recurso de unificación de jurisprudencia se podría lograr que su tramitación sea más rápida, es decir, que la Corte Suprema dicte las sentencias de unificación en menor tiempo, a pesar de que en materia laboral no tiene una excesiva carga, pues la sala especializada sólo conoce de este recurso, pero aun así sería una situación favorable. Por otra parte, una conclusión a la que nos hemos referido es que las formalidades innecesarias vulneran los derechos fundamentales de todas las personas, sea que se establezcan en mayor o menor medida, como en el derecho español y en nuestra legislación, respectivamente. Por ello, en todos los ámbitos que regula el derecho, no sólo se requiere una regulación completa, sino también adecuada.

Conclusiones

1. La uniformidad de jurisprudencia es una tendencia legislativa, se inició en las legislaciones extranjeras hasta llegar a la nuestra y, en todas ellas, a través de reformas que se establecieron prometiendo sólo mejoras a los ordenamientos jurídicos.

En el derecho comparado se ha dado énfasis a que garantiza de forma absoluta la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Nos agradaría afirmar que por la investigación concluimos en la efectividad de las medidas instauradas en esos países, pero no es así, sino que nos encontramos con dos escenarios. En unas legislaciones existe imprecisión en la regulación de esos medios para uniformar, que conllevan amplias discusiones doctrinarias y jurisprudenciales, en cambio, en otras se regulan detalladamente dichos medios, pero los resultados en la práctica han sido decepcionantes.

[125] Delgado Castro, Jordi, "Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, 2011, Valparaíso, pág. 473-493.
[126] Ídem.

2. Hay distintas formas en que se ha impedido que la Corte Suprema tome conocimiento del recurso de unificación de jurisprudencia, principalmente por cuestiones establecidas en la práctica. La más significativa es exigir que se acompañen copias fidedignas y/o certificado de encontrarse ejecutoriada la sentencia recurrida y del o los fallos que sirven de fundamento al recurso, en el plazo de 10 días, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado. Creemos que no existe justificación suficiente para solicitar las copias fidedignas y los certificados de encontrarse ejecutoriados los fallos, lo que recae en una obstrucción al derecho de acceso a la justicia, y por ello, se vulnera la tutela judicial efectiva, al encontrarse la primera comprendida en esta última. La tutela judicial efectiva, integrada por varios derechos, entre ellos el acceso a la justicia, es un derecho fundamental consagrado expresamente en la Constitución y constituye uno de los principios transversales de la reforma procesal laboral, que incorporó el recurso de unificación de jurisprudencia a nuestro sistema impugnatorio.

3. La labor de la Corte Suprema respecto del recurso de unificación de jurisprudencia es limitada, en razón de la regulación legal del recurso y de las trabas que se han creado en la práctica. Desde la entrada en vigencia de la Ley 20.260, el rol de la Corte ha sido ineficaz, considerando la importancia de este tribunal. Sin embargo, ha cumplido la función que la ley le ha encomendado de unificar jurisprudencia, aunque sus fallos, prácticamente, se han convertido en una reproducción íntegra de los contenidos de los mismos, respecto de no más de diez doctrinas, deficientemente desarrolladas.

4. Un sistema de precedentes generalizado sería una alteración tan trascendente a nuestro ordenamiento que debería ser objeto de un arduo debate, no establecerse con la introducción gradual de ciertas disposiciones legales o reglamentarias que pueden ir desestabilizándonos sin haber considerado previamente todas sus aristas. Si nos situamos en un escenario en el cual quisiéramos que la jurisprudencia fuera vinculante, en términos generales, se requeriría una reforma constitucional, pues se tendría que compatibilizar la independencia de los jueces al fallar con el nuevo sistema legal, por tanto el artículo 7° y el capítulo IV de la Constitución Política de la República necesitarían modificaciones profundas. Consecuentemente, la ley se tendría que adaptar a dicha reforma, en especial el artículo 3° del Código Civil, transformando a la jurisprudencia en fuente formal del derecho chileno.

Bibliografía

Actas de la Comisión del Trabajo, Historia de la Ley N° 20.260, indicación 20 bis [on line], [30 de junio de 2011]. Disponible en la www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20260/HL%2020260.pdf.

Blanco, Rafael, Caballero, Rodolfo, "Evaluación de la reforma procesal laboral en foro sobre modernización de la justicia", Colegio de Abogados de Chile A.G., [on line], octava sesión, 2009 [2 de julio de 2011], pág. 8. Disponible en la www.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/archivo.html&bri=colegioabogados&tab=art_1&campo=c_archi vo&id=162.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 35ª edición, 1999.

Casarino Viterbo, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, quinta edición actualizada, 2002.

Castro, Juventino V., *Lecciones de garantías y amparo*, Editorial Porrúa, México, 7a. edición, 1991.

De Val Arnal, José Jesús, "La accesibilidad a la documentación jurídica como garante de la tutela judicial efectiva: El recurso de casación para la unificación de la doctrina en la Ley de Procedimiento Laboral", en *Boletín de la ANABAD*, Universidad de Zaragoza, N° 3-4, Tomo 41, 1991, Zaragoza, págs. 469-480.

Delgado Castro, Jordi, "La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33, 2009, Valparaíso, págs. 345-367.

Delgado Castro, Jordi, "Examen crítico del recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, 2011, Valparaíso, pág. 473-493.

Dirección de Estudio, Análisis y Evaluación, Análisis crítico acerca de la nueva justicia laboral en Informe 26, Corte Suprema, [on line], 2010 [22 de junio de 2011], pág. 2-22. Disponible en la www.poderjudicial.cl/PDF/ATUsuarios/BibliotecaCorte/INFOR ME_26-2010.pdf.

Elías Mantero, Fernando, "El recurso de casación laboral" [on line], [22 de julio de 2011]. Disponible en la www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6c2 d818046d48 a04a929a944013c 2be7/9.+El+Recurso+de+Casaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CA CHEID=6c2d818046d 48a04a929a944013c2be7.

Entrevista con Jorge Silhi Zarzar, Abogado, Universidad de Concepción, Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco y Autónoma de Chile; Temuco, Chile, 11 de agosto de 2011.

Escandón Alomar, Jesús, *Curso de Introducción al Derecho*, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción, volumen I, 2002.

Fábrega Vega, Hugo, "Asignaciones de colación y movilización: Unificación Jurisprudencial en materia laboral", *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 22, 2010, Chile, págs. 527-532.

Ferreira Mendes, Gilmar, "La jurisdicción constitucional en Brasil: las relaciones entre el Supremo Tribunal Federal y los demás jueces y tribunales", en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N° 21, 2008, Bogotá, págs. 46-48.

García, José Francisco, "Repensando el rol de la Corte Suprema en nuestro ordenamiento jurídico", en *Revista Sistemas Judiciales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, N° 13, Chile, 2008, págs. 6-16.

Grupo Proceso Laboral y Previsional de la Comisión de Administración de Justicia y Reformas Procesales, Nuevo Recurso de Unificación de Jurisprudencia en Oficio N° 50, Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G., 2008, Santiago.

Halpern Montecino, Cecily; Humeres Noguer, Héctor, "La intervención de la Corte Suprema en la nueva justicia del trabajo: El recurso de unificación de jurisprudencia", en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N°21, 2010, Chile, pág. 347.

Heise Burgos, Gustavo, "Jornadas de Derecho Público de la Universidad Católica de Valparaíso: Reflexiones en torno a la jurisprudencia y el precedente judicial en la cultura jurídica chilena" [on line], [8 de julio de 2011]. Disponible en la www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/Reflexiones%20en%20torno%20a%20la %20Jurisprudencia%20y%20el%20precedente%20judicial%20en%20la%20cultura%20 juridica%20chilena.pdf.

Instituto de investigaciones jurisprudenciales y de promoción y difusión de la ética judicial, "Apuntes de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación" [on line], [14 de julio de 2011]. Disponible en la www.docs.google.com/viewer?a=v&q= cache:vb79sNtZCr0J:www2.scjn.gob.mx/nvestigacionesjurisprudenciales/documentos/apuntes-de-jurisprudencia.pdf+&hl=es-19&gl=cl&pid=bl&srcid=ADGEESikNdI7zlQOR MqVHuqAiT53TR1aRvBgMnzC6T9nVWcWVId0k2NuaflRajFqOGAjoIP67AjQblP-yms1CH12LaOStpobuLOzAV3RUH2pMaXaM5E6mghBpOYMEWac5TafERPfUfn L&sig=AHIEtbTgJGr iHy kBkXZaROn_5OfRCtpuxw.

Instituto de investigaciones legislativas, "Apuntes legislativos: La Jurisprudencia en México", en *Sexagésima Primera Legislatura 2009-2012*, Poder legislativo del Estado de Guanajuato, N° 44, 2010, México, pág. 4-5, 19-22, 29-34.

Jiménez Fortea, Francisco Javier, "Origen del recurso de casación para la unificación de doctrina laboral", en *Revista de treball, economia i societat*, Generalitat Valenciana, N° 13, 1999, España, págs. 19-35.

Martínez Cruz, Edgar, "La función integradora de la jurisprudencia" [on line], [13 de julio de 2011]. Disponible en la www.avizora.com/publicaciones/derecho /textos/0083_funcion_integradora_ jurisprudencia.htm.

Naranjo Guevara, Gabriela, "Derecho comparado, México-Colombia: La jurisprudencia", en *Revista electrónica de Promoción de la Cultura y la Educación Superior del Bajío*, A.C., Universidad Iberoamericana León, [on line], N°15, 2010 [14 de julio de 2011], pág. 1-4, 16-17. Disponible en la www. amoxcalli.leon.uia.mx/Epikeia/nume ros/1 5/epikeia15-jurisprudencia.pdf.

Pacheco G, Máximo, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.

Paredes Infanzón, Jelio," La casación laboral, análisis jurisprudencial y propuestas modificatorias" [on line], [21 de julio de 2011]. Disponible en la www.cybertesis.edu. pe/sisbib/2008/paredes_ij/pdf/paredes_ij.pdf.

Paredes Infanzón, Jelio, "El recurso de casación: su visión peruana" [on line], [22 de julio de 2011], Disponible en la www.amag.edu.pe/web/html/servicios /archivos_articulos/2004/casacion_peruana_2004.pdf.

Pfeffer Urquiaga, Emilio, "La introducción del precedente: un cambio revolucionario en nuestra cultura jurídica", en *Revista Semestral del Centro de Estudio Constitucionales*, Universidad de Talca, N° 1, 2006, Talca, págs. 185-194.

Poder Judicial de la República del Perú, Cortes Superiores: Funciones [on line], [24 de julio de 2011]. Disponible en la www.historico.pj.gob.pe/Cortesuperior/cortes. asp?opcion=función es.

Román Díaz, Fernando, "El nuevo recurso de unificación de jurisprudencia en la reforma al proceso laboral (un extraño recurso de nulidad con nombre de fantasía)", en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 18, 2008, Chile, págs. 535-538.

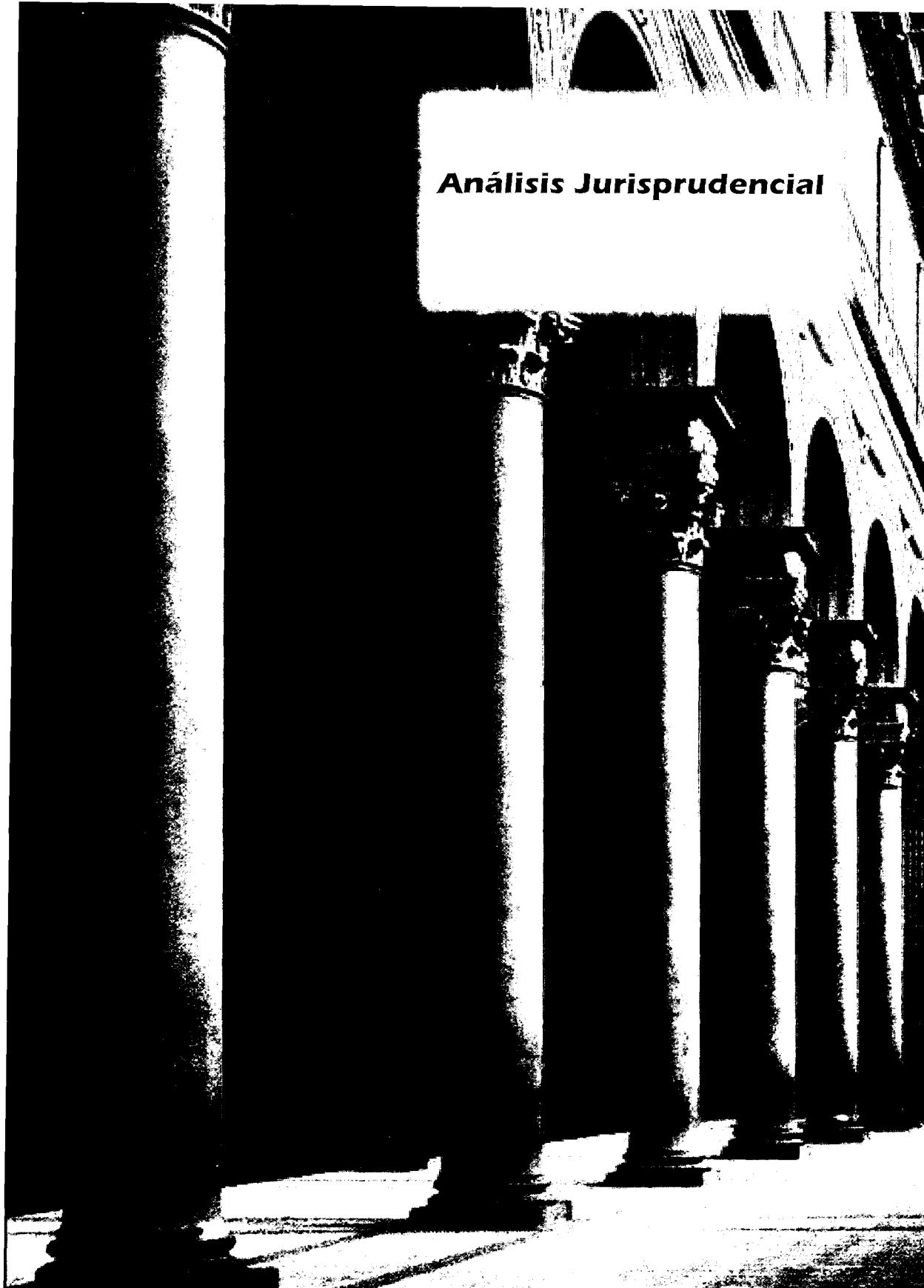
Silva M, Rodrigo, *Reflexiones sobre los recursos en el nuevo procedimiento laboral en Informativo Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, N° 45, 2008, Chile, pág. 12-15.

Supremo Tribunal Federal, Glosario jurídico: súmula (jurisprudencia vinculada), [on line], [5 de marzo de 2012]. Disponible en la http://www2.stf.jus.br/portal StfInternacional/cms/verGlossario.php?sigla=portalStfGlossario_es_es&indice=S&verbete=190391.

Thayer Arteaga, William, "El nuevo procedimiento laboral: proyecto antiguo y ley precipitada", en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 18, 2008, Chile, págs. 519-534.

Torres Vásquez, Aníbal, "La jurisprudencia como fuente del derecho" [on line], [21 de julio de 2011]. Disponible en la www.etorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html.

Viveiros Mauro, "El control de constitucionalidad: el sistema brasileño como un modelo híbrido o dual" [on line], [7 de marzo de 2012]. Disponible en la http://eprints.ucm.es/12685/1/T32408.pdf.


Análisis Jurisprudencial

Puerto y Central Castilla: comentarios a la sentencia de la Corte Suprema

COMENTARIO DE:

Camila Boettiger Philipps
Abogado
Licenciada en Derecho
Magíster en Ciencias Jurídicas
Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesora Investigadora y de Derecho Ambiental
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo.

Introducción

Una sentencia que no pasó inadvertida y que seguramente será recordada como uno de los hitos judiciales del 2012 es el pronunciamiento de la Corte Suprema que resolvió las apelaciones de diversos recursos de protección interpuestos en contra de las autorizaciones ambientales de los proyectos "Puerto Castilla" y la "Central Termoeléctrica Castilla". Nuestro más alto tribunal resolvió dejar sin efecto dichas autorizaciones, además de referirse y decidir sobre diversos temas de importancia para el Derecho Ambiental, específicamente, para el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) regulado en la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente (LBMA).

Nuestro objetivo es, en un breve trabajo, resumir el caso, exponer los razonamientos y decisiones de la Corte Suprema al respecto y realizar algunas observaciones o comentarios que surgen de esta sentencia, la que será un referente obligado en la jurisprudencia ambiental de nuestro país.

I. Antecedentes del fallo

Se presentaron varios recursos de protección contra las resoluciones de calificación ambiental de los dos proyectos mencionados, los que fueron fallados por la Corte de Apelaciones de Antofagasta separadamente. En el caso del Puerto, los rechazó, y respecto de la Central, los acogió. Elevados ambos casos por apelación ante la Corte Suprema, por sentencia de fecha 28 de agosto de 2012[1], ésta resolvió los dos casos en forma conjunta.

[1] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012.

La Corte Suprema acogió el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia que rechazaba diversos recursos de protección que buscaban dejar sin efecto la Resolución Exenta N° 254 del Servicio de Evaluación Ambiental, de 23 de diciembre de 2010, que calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Puerto Castilla (en adelante, RCA del Puerto). Y en la misma sentencia, confirmó la de primera instancia, respecto del proyecto "Central Termoeléctrica Castilla", la que dejaba sin efecto la Resolución Exenta N° 578 de la Secretario Regional Ministerial (SEREMI) de Salud de Atacama, de 15 de febrero de 2011, que calificaba dicho proyecto como "molesto", en lugar de "contaminante"; lo que también afectaba la Resolución Exenta N° 46 de la Comisión de Evaluación Ambiental de Atacama, que calificó favorablemente dicho proyecto (RCA de la Central).

A continuación veremos los argumentos de los recursos de protección, cuáles de ellos consideró la Corte Suprema en su decisión y las razones que dio para fallar en su sentencia.

II. Razonamiento y decisiones de la Corte Suprema

Las **alegaciones de los recurrentes** deben exponerse de acuerdo al proyecto en contra del cual se interpusieron los recursos. En relación con el **Puerto Castilla**, se dieron los siguientes argumentos[2]:

- Inexistencia o incompetencia del órgano que dio la autorización ambiental, la Comisión Regional del Medio Ambiente de la III Región, y que dictó la RCA del Puerto.

- Fraccionamiento de proyectos al presentar en forma separada el Puerto de la Central Castilla, *"lo que impide evaluar efectos sinérgicos y afecta la línea de base del proyecto en su totalidad"*[3].

- Falta de otorgamiento de permisos ambientales

- Violación del Plan de Manejo de Bahía Chasco y del Plan Regulador Intercomunal Costero.

En cuanto a la **Central Castilla**, sucintamente se alegó lo siguiente:

- Improcedencia de la invalidación del oficio de la SEREMI de Salud que calificó el proyecto como "contaminante" recalificándolo como "molesto".

[2] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerando 6°.
[3] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerando 6°.

- Infracción a un permiso sectorial por daño al agua, flora y fauna marina por descarga de RILES.

- Infracción al Plan de Manejo de Algas Pardas.

- Fraccionamiento del proyecto en relación al del Puerto Castilla.

- Infracción al Plan Regulador Comunal de Copiapó.

Ante estos argumentos, la **Corte Suprema razona en el fallo** de la siguiente manera:

Primero, decide acumular todas las apelaciones de los recursos de protección del Puerto y de la Central, en base a que para acogerlos atenderá al único argumento en común que tenían ambos casos: el **fraccionamiento de proyectos**. En realidad, en este caso la Corte Suprema lo que hizo fue utilizar (y crear) un criterio de unificación de proyectos.

En los recursos se cuestionó la legalidad de la evaluación separada de los proyectos Puerto y Central Termoeléctrica Castilla, por su relación de funcionamiento conjunto, aludiendo al fraccionamiento de proyectos al interior del SEIA (lo que actualmente constituye una infracción que puede ser sancionada por la Superintendencia del Medio Ambiente[4]). Aunque la Corte expresamente señala que la norma del artículo 11 bis de la LBMA sobre fraccionamiento de proyectos no es aplicable a este caso (por haberse ingresado los proyectos antes de la modificación legal que incorpora esa regla), para el tribunal la cuestión es otra: que ambos proyectos en realidad configuran uno solo, por cuanto el Puerto tiene como principal cliente la Central, y ésta tiene la necesidad de abastecerse de carbón y petróleo a través del Puerto. De manera que, según la visión de la Corte, existen tres unidades para una misma actividad que operarán conjuntamente: el Puerto, la Central, y la conexión entre ambas. Dicha conexión entre el Puerto y la Central no habría sido evaluada en su impacto ambiental, ni se consideraron las observaciones de la ciudadanía al respecto, y cambia el área de influencia del proyecto. Por todo lo anterior, y por haberlos tratado la autoridad como dos proyectos distintos, la evaluación separada de los proyectos Puerto Castilla y Central Castilla es ilegal, porque en realidad configuran un solo proyecto[5]. Se reprocha a la autoridad ambiental la falta de racionalidad *de "obviar la conexión o comunicación de ambos proyectos evaluados, en forma clara y detallada, que permita conocer más allá de toda duda, la real área*

[4] El artículo 11 bis, introducido por la Ley N° 20.417, busca evitar el fraccionamiento de proyectos con la siguiente regla: *"Los proponentes no podrán, a sabiendas, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental"*.

[5] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerando 22°.

de influencia de ambos proyectos y así prevenir eventuales daños o alteraciones al medio ambiente"[6]. En vista de esta actuación ilegal, que puede amenazar la garantía del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República (CPR) si se concretan las obras autorizadas[7], se deja sin efecto la RCA del Puerto.

Luego, decide no pronunciarse sobre el resto de los argumentos esgrimidos por los recurrentes[8], en vista de su decisión de que los titulares de los proyectos deberán presentar en forma conjunta a evaluación ambiental y dejar sin efecto las autorizaciones ambientales dadas tanto al Puerto como a la Central.

Sin embargo, si se pronuncia respecto a la **calificación industrial de la actividad de la Central Castila como "molesta" o "contaminante" por la autoridad sanitaria**. Este pronunciamiento es muy importante y necesario dentro del procedimiento de evaluación ambiental de la Central, por cuanto establece la compatibilidad del proyecto con el uso de suelo establecido en el Plan Regulador pertinente[9]. Esto determina la posibilidad de desarrollar el proyecto, ya que si la calificación resulta incompatible con el instrumento de planificación territorial, la autoridad ambiental no puede otorgar la autorización por ser un aspecto normado, y se debe rechazar el proyecto. Esta calificación ya había sido discutida largamente por el proponente en una serie de recursos administrativos que llevaron a otro recurso de protección en 2010, en que se ordenó por la Corte Suprema utilizar la vía de la invalidación administrativa para revisar la calificación industrial[10].

Pues bien, habiendo la autoridad sanitaria calificado primero como "contaminante", luego como "molesta" (por recurso de revisión que se revocó por el fallo del recurso de protección "Castilla I") y finalmente como "molesta" después del procedimiento de invalidación ante la SEREMI de Salud, la autoridad ambiental calificó favorablemente el Estudio de Impacto Ambiental de la Central Termoeléctrica, tomando como base la última calificación industrial. La Corte Suprema considera, sin embargo, en una clara indicación de elección de criterios para las autoridades administrativas, que ante dos decisiones técnicas contradictorias (la primera resolución y la que invalidó aquella y cambió la calificación) debía preferirse la primera que calificó de "contaminante" la actividad, porque consideró diversos aspectos y no sólo la Norma Primaria de Calidad del Aire para NO2, y además por el Principio Preventivo en materia ambiental, ya que al ser sólo modelaciones no se sabe si en realidad la actividad producirá los riesgos para la salud de la población que se tratan de evitar[11]. Según el fallo, la recali-

6 Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerando 30°.
7 Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerando 53°.
8 Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerando 32°.
9 Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerando 37°.
10 BOETTIGER y LEIVA (2011).
11 Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerando 49°.

ficación del proyecto de la Central Termoeléctrica Castilla de "contaminante" a "molesto" impide cumplir con la normativa pertinente de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC), ni evaluar adecuadamente el proyecto como lo exige la LBMA, por lo cual es ilegal y deja sin efecto esa Resolución del SEREMI de Salud[12] resolviendo que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que la dejó sin efecto se ajustó a derecho.

En resumen, se revoca la sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en relación con el **Puerto Castilla**, acogiéndose los recursos de protección y dejando sin efecto la Resolución Exenta N° 254 del Servicio de Evaluación Ambiental que le otorgaba su aprobación ambiental. Por otro lado, se confirma la sentencia de la misma Corte de Apelaciones en cuanto deja sin efecto la Resolución Exenta N° 578 del SEREMI de Salud que calificaba industrialmente a la **Central Castilla** como molesta.

Finalmente, ordena como **medida de tutela constitucional** que los titulares de los proyectos Puerto Castilla y Central Termoeléctrica Castila presenten un nuevo Estudio de Impacto Ambiental que considere los proyectos en forma conjunta y su conexión para transferencia de carbón y diésel.

III. Observaciones y comentarios a la sentencia

Una sentencia como la expuesta, con las decisiones que toma y en base a un recurso de protección, permite múltiples aristas de análisis, critica y deja muchas interrogantes. En nuestra opinión, las observaciones a la sentencia en comento pueden agruparse en tres temas, lo cuales contienen diversos tópicos de discusión.

1. Cuestiones procesales

El recurso de protección tiene regulada su tramitación en un Auto Acordado de la Corte Suprema[13]. En base a este y en atención a lo expuesto más arriba respecto a la naturaleza cautelar de la acción de protección, surge la primera duda en cuanto a la tramitación de este caso: ¿Es procedente que la Corte Suprema llame a **conciliación en una apelación de un recurso de protección**? Siendo un procedimiento cautelar de derechos fundamentales, ¿sobre qué bases se puede transar la afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, si ya se ha llamado a tribunales a intervenir en su protección? Es posible, y de hecho sucede, que sean las partes, afectado y recurrido, quienes puedan llegar a un acuerdo y el recurrente se desista de

[12] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerando 51°.
[13] Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales.

la acción de protección. De hecho, en este caso eso fue lo que ocurrió con la mayoría de los actores; la Corte Suprema falló las apelaciones respecto de los que no se desistieron, lo que es explicado en la sentencia[14]. Pero lo que consideramos cuestionable es que sea el propio tribunal el que llame a conciliar en un procedimiento de este tipo, por los derechos fundamentales invocados en los recursos y la naturaleza del procedimiento[15]. Además, la instancia de citar a audiencias de conciliación no está regulada en el auto acordado que regula la tramitación del recurso de protección; éste permite a las Cortes de Apelaciones solicitar informes, antecedentes al recurrido, oficios, y decretar otras diligencias, *"para mejor acierto del fallo"*[16]; pero no para evitar el fallo. Y en la apelación ante la Corte Suprema, ésta puede *"...solicitar a cualquier autoridad o persona los antecedentes que considere necesarios para la resolución del asunto"*[17]. El asunto debe ser resuelto, no transado.

Un segundo aspecto procesal que puede ser discutible es la **acumulación de los recursos de protección de dos proyectos distintos**. Esto requería una explicación. Se habían interpuesto diversos recursos de protección por diferentes personas y agrupaciones ciudadanas, contra el Puerto y contra la Central, los que se acumularon por proyecto, tramitaron y fallaron por la Corte de Apelaciones de Antofagasta en cuerda separada. Uno, el del Puerto, fue rechazado; y el de la Central, acogido. ¿Cómo se llegó a una sola sentencia de apelación, después de haberse interpuesto varios recursos de protección contra dos proyectos diferentes, con diversos argumentos, contra actos administrativos distintos dictados por diferentes autoridades administrativas y que tuvieron dispar resultado? La Corte Suprema primero se negó a la acumulación, pero luego de las alegaciones de las partes y las audiencias de conciliación a las que dicho tribunal llamó, decidió la acumulación material de ambos expedientes y su resolución por una sola sentencia, *"...por cuanto de esta forma se entiende que se mantiene la continencia y unidad de la materia a resolver"*[18]. Pero la Corte falló recursos de protección contra actos administrativos de autoridades distintas, y los resolvió de manera distinta, acogiendo una apelación y confirmando otra sentencia. La explicación podría ser que, en lo sustancial, hay unidad en la decisión de dejar sin efecto las autorizaciones ambientales de ambos proyectos, y ordenar su evaluación ambiental conjunta[19]. Nos parece que no procedía la acumulación, y que cada apelación debió fallarse por proyecto. En realidad, la sentencia de la Corte Suprema está dividida en tres partes: primero analiza la

[14] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerandos 6° y 7°.
[15] VALENZUELA (1989-1990) p. 180, hace hincapié en el carácter de "procedimiento de emergencia" del recurso de protección.
[16] N° 5 del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales.
[17] N° 8 del Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales.
[18] Corte Suprema, (2012), rol 1960-2012, considerando 4°.
[19] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerandos 32° y punto III, parte resolutiva.

ilegalidad del la RCA del Puerto, por evaluarse separada de la Central[20], y luego se refiere a la calificación industrial de la Central[21].

2. Requisitos y naturaleza del recurso de protección en materia ambiental

Con esta sentencia se confirma una tendencia que se viene afianzando hace varios años: una vez más el recurso de protección es la acción contenciosa administrativa por excelencia para impugnar autorizaciones ambientales de proyectos[22]. A pesar que la propia LBMA contiene una vía de impugnación administrativa y judicial propia del procedimiento de evaluación ambiental[23], esta es poco utilizada, y en su lugar se usa el recurso de protección para lograr la invalidación de resoluciones de calificación ambiental.

Una de las observaciones que esta situación amerita es si la **naturaleza del recurso de protección**, como acción cautelar de urgencia, de protección de derechos fundamentales de carácter indubitado, sea la vía más idónea para revisar un procedimiento administrativo complejo como lo es el de evaluación ambiental[24]. El recurso de protección en materia ambiental requiere de la afectación (o perturbación, o amenaza[25]) al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y que ésta se produzca por un acto u omisión ilegal[26] de una persona determinada[27]. La Corte de Apelaciones, y luego la Corte Suprema, deben decidir rápidamente, en un procedimiento regulado en forma muy simple y con bastante libertad para los tribunales (como debe ser en una acción de este tipo) si hay un acto que amerite actuar con urgencia; pero en realidad está viendo un procedimiento de invalidación de un acto administrativo complejo[28], en el que han intervenido muchos órganos del Estado, y que

[20] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerandos 8° a 30°.
[21] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerandos 34° a 51°.
[22] GUZMÁN (2010) pp. 183-185.
[23] Artículos 20 y 29 de la LBMA.
[24] VALENZUELA (1989-1990), p. 180 dice que el procedimiento urgente del recurso de protección *"no apunta a otros objetivos que a los de dar la debida protección a quienes se consideren amenazados en el legítimo ejercicio de sus derechos o restablecer el imperio de la legalidad vigente, supuesto que dichos derechos hayan sido objeto de un menoscabo antijurídico consumado"*.
[25] Se ha discutido en doctrina si sólo se aceptaba la acción de protección ante afectación consumada (posición de VALENZUELA (1989-1990) p. 185), y no amenaza o perturbación del derecho. BERMÚDEZ (2007) pp. 99-100 cree que la palabra "afectación" no limita el efecto que debe producirse en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación para que proceda el recurso, sino que es genérica e incluye la amenaza y perturbación del derecho. En el mismo sentido, GUZMÁN (2010) pp. 235-236, y hace notar que la jurisprudencia es mayoritaria en el sentido de incluir las amenazas para la procedencia de esta acción cautelar.
[26] Como es sabido, desde la reforma a la Constitución de 2005, el recurso de protección en materia ambiental sólo procede ante la ilegalidad, no siendo requisito que el acto u omisión sea arbitrario. A pesar de eso, el fallo analizado repite en varias ocasiones que debe determinar si el acto recurrido es arbitrario. Véanse por ejemplo los Considerandos 8°, 12° y 30°.
[27] Inciso 2° artículo 20 de la Constitución: *"Procederá, también, recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada"*.
[28] CORDERO (2011) p. 194.

tiene graves consecuencias tanto para el impulsor del proyecto o actividad que se trate como para los que se oponen a éste. La esencia de la acción de protección es ser un recurso que se puede interponer sin perjuicio de otros, por ser necesario que los tribunales tomen medidas inmediatas por afectación de derechos fundamentales, en que conocen del caso por los argumentos de los intervinientes y otras sumarias diligencias o informes. Pero no parece ser el procedimiento o la instancia más adecuada para evaluar vicios de ilegalidad de un acto administrativo tan complejo como la resolución de calificación ambiental.

En segundo lugar, en materia ambiental ya no se discute cómo el acto de autoridad afecta el derecho protegido. En este caso, como en otros recursos de protección contra actos del SEIA, la Corte se enfoca en analizar la ilegalidad del acto, asumiendo casi por obviedad la **relación causal** entre el acto de autorización y la amenaza o afectación al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; en el fallo analizado, se dice que por el solo hecho que de construirse el proyecto *"se alterarían las condiciones del medio ambiente"*[29]. Esto demuestra cómo se ha omitido ahondar en un requisito básico del recurso de protección, como lo es determinar cómo el acto recurrido afecta el derecho, y en materia ambiental se ha transformado en una simple instancia de análisis de legalidad de resoluciones administrativas, en que se da por sentado que el acto administrativo afecta el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, por autorizar la ejecución de un proyecto.

En cuanto a la **ilegalidad del acto**, esta se ha entendido como la *"infracción en el ejercicio de los elementos reglados de la potestad jurídica que a la Administración ha sido conferida por el legislador"*[30]. Recordemos que aunque es una sola sentencia, esta decreta que son ilegales dos actos distintos: la RCA del Puerto, por haber sido evaluado separado de la Central, y la calificación industrial de la Central por parte de la autoridad sanitaria, por no haber considerado todos los elementos que según ella eran relevantes para tal decisión técnica.

En el primer acto anulado es donde la decisión de la Corte Suprema es más audaz, al considerar ilegal el actuar de la autoridad ambiental exigiendo algo que ni la LBMA aparentaba demandar: una evaluación conjunta de dos proyectos que se habían evaluado separadamente por el instrumento más exigente que tiene el SEIA, a través de dos Estudios de Impacto Ambiental. Para la Corte el actuar de la autoridad ambiental es ilegal, porque no consideró los

[29] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerando 53°.

[30] GUILOFF (2010) p. 207: cita de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 1998, en GALINDO, Mario, *El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ante la jurisprudencia*, (2001), CONAMA, p. 88. NAVARRO (1993), p. 601, advertía ya en esa época que los tribunales habían entendido la ilegalidad como *"contravención al ordenamiento jurídico..."* y que la importancia de este mecanismo procesal para la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación lo estaba transformando en *"un instrumento jurídico de consecuencias impensadas al momento de su establecimiento"*.

proyectos como uno solo, con la consecuencia de no evaluar adecuadamente los impactos ambientales que producirían. Creemos que en este caso la Corte usa un criterio de ilegalidad muy amplio. La potestad reglada del Servicio de Evaluación Ambiental es evaluar los proyectos que la LBMA exige, de acuerdo al procedimiento en ella regulado, lo que se había hecho. Si había efectos o impactos no evaluados, la instancia para su revisión es el sistema recursivo normal del SEIA, que justamente tiene entre sus causales de reclamación de la calificación ambiental revisar las condiciones o exigencias de ésta o las observaciones hechas al proyecto y no consideradas.

En el segundo acto anulado, hay un reproche a la decisión tomada por la autoridad sanitaria al no considerar el Principio Preventivo. Aquí debe hacerse una aclaración en cuanto al principio citado y que la Corte exige aplicar. En Derecho Ambiental, el Principio Preventivo se refiere a evitar que se produzcan efectos negativos en el entorno, generalmente utilizando instrumentos de gestión ex ante o previos a la ejecución de ciertas actividades. La otra cara de este principio es el llamado Principio Precautorio, que exhorta a tomar medidas en defensa del medio ambiente aunque no se conozcan científicamente las consecuencias de una actividad[31].

En ese entendido, es difícil comprender el rechazo de la Corte a la decisión de la SEREMI por haber basado su decisión en antecedentes que el tribunal consideró insuficientes para una recalificación de la actividad de acuerdo a lo regulado en la OGUC (que define las calificaciones de establecimientos industriales, para efectos de los riesgos de su funcionamiento para trabajadores, vecindario y comunidad, en "peligroso", "insalubre o contaminante", "molesto", e "inofensivo"[32]) porque éstos no aseguraban descartar riesgos para la salud de la población[33]. Aquí sí hay una norma que permitía a la SEREMI de Salud tomar una decisión respecto a la calificación industrial del proyecto; pero el fallo no basa la ilegalidad en la falta de motivación del acto para llegar a esa decisión (vicio de ilegalidad del acto administrativo), sino en la falta de consideración de información utilizada en un acto anulado y en no adoptar una actitud de mayor precaución (no prevención) frente a los posibles riesgos de la actividad. Nuevamente, un criterio muy extensivo, y más de evaluación del mérito de la decisión que de ilegalidad.

Por último, cabe referirse respecto a la **medida cautelar** decretada por la Corte Suprema para restablecer el imperio del derecho, obligando a los titulares de ambos proyectos a presentar un nuevo Estudio de Impacto Ambiental, en forma conjunta. Dicha decisión obedece al convencimiento de la Corte de

[31] BERMÚDEZ (2007) p. 44.
[32] Artículo 4.14.2 DE LA OGUC.
[33] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerandos 50° y 51°.

que en realidad se estaba ante un solo proyecto, en que la Central, el Puerto y su interconexión eran tres unidades del mismo. Si el reproche estaba en la falta de evaluación ambiental de esa interconexión, por qué no sólo decretar la evaluación de la misma, si la Central y el Puerto ya habían sido evaluados ambientalmente? ¿Era realmente necesario retrotraer todo el procedimiento administrativo a cero? Parece poco proporcionada la medida, sobre todo cuando debe tomarse en cuenta la cantidad de recursos, privados y estatales, que se invierten en una evaluación ambiental. Por otro lado, esta medida tan severa podría entenderse al complementarla con la confirmación de la anulación de la calificación industrial de la Central, lo que exige en la práctica su reubicación, con una línea de base distinta, o una modificación del instrumento de planificación territorial pertinente. Pero para el caso del Puerto, podría haberse exigido simplemente la evaluación de la interconexión con la Central.

3. Respecto al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Esta sentencia toca varios temas relevantes para el SEIA, que no pueden dejarse pasar por exponer criterios de acuerdo a los cuales se están revisando judicialmente las decisiones de órganos administrativos con competencia ambiental. En primero lugar, el "**criterio de unificación de proyectos**" que utiliza la Corte Suprema para considerar como un solo proyecto dos actividades distintas (central de generación de energía y puerto marítimo) es algo absolutamente nuevo y que no se había aplicado antes. El hecho que dos proyectos o actividades tengan alguna conexión o produzcan algún efecto o impacto conjunto o sinérgico no es desconocido en el SEIA (piénsese, por ejemplo, en la generación y transmisión de energía). De hecho, en este caso se habían considerado dichos aspectos en ambos Estudios, eso sí desde la perspectiva de cada proyecto. Hasta ahora, había primado el criterio de analizar cada proyecto según la actividad a la que se asociaba según la LBMA, y considerar sus impactos separadamente[34]. Pero en este caso la Corte analiza detalladamente la conexión entre ambos proyectos (tuberías y correas transportadoras), determina que el rol del Puerto es el de abastecedor del combustible a la Central, para concluir que no pueden desarrollarse el uno sin el otro, darle a la interconexión de combustible el carácter de unidad del proyecto mayor y unificar todo conceptualmente en un solo proyecto. No consideró, como se declaró en el caso del Puerto, que este podría tener otros clientes; o que cada actividad podría tener distinta administración. Tampoco que la naturaleza de las actividades de ambos proyectos era distinta. La atención de la Corte se fijó en la conexión entre ambos, la recalificó jurídica y materialmente para basar en ella su decisión.

[34] El Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) argumentó ante la Corte que es la propia LBMA la que regula en numerales distintos los proyectos de generación eléctrica y los puertos. Corte Suprema (2012), considerando 11°.

Creemos que este criterio podría tener graves consecuencias en la evaluación ambiental de proyectos en el SEIA, cuyo objetivo es verificar el cumplimiento de normas ambientales y que se tomen las medidas para mitigar o compensar los impactos ambientales de las actividades que causan mayores efectos en el medio ambiente[35]. Los efectos de esta exigencia de la Corte pueden ir desde el aumento de costos de la preparación de Estudios para varias actividades disímiles, hasta la dificultad para el SEIA de administrar un procedimiento de evaluación ambiental que está pensado y regulado para analizar impactos de proyectos por actividad, y no por su conexión. Además, ¿dónde se pondrá el límite a la conexión entre actividades que las transformen en un solo proyecto? ¿Deberán ahora presentarse conjuntamente a evaluación ambiental actividades de distinto rubro, dueños, administraciones, solo porque una le presta servicios de importancia a la otra?

Otro aspecto que debe destacarse del fallo analizado es la intensidad con que la Corte Suprema analiza la **decisión técnica de la calificación industrial de la Central**. Aunque dice no *"entrar en análisis o ponderación de los errores técnicos..."*[36] dedica largos considerandos a analizar las razones dadas en uno y otro acto administrativo respecto a las mediciones y modelaciones de emisiones de la Central para considerarla como "contaminante" o "molesta". Entra de lleno a sopesar los argumentos técnicos que permiten a la autoridad sanitaria realizar la calificación que le permite la ley. No hay ninguna deferencia con lo decidido por la autoridad administrativa, y menos cuando finalmente la Corte Suprema instruye un criterio de decisión para el órgano administrativo: que ante dos decisiones posibles, o si éstas son contradictorias (como fue en este caso, que hubo una invalidación de una decisión anterior), debe preferirse la que considere los efectos más graves, por aplicación del Principio Preventivo. Nuevamente debemos resaltar que la exigencia de utilización de este principio no está en la LBMA, sino que se supone que opera a través de los instrumentos de gestión, y que la Corte en realidad se refiere al Principio Precautorio; pero éste se refiere más a la adopción de medidas más que a la negativa de ejecución de actividades.

El segundo criterio que exige la Corte a la autoridad administrativa es que en la consideración de los riesgos se adopten todas las medidas pertinentes y no se ignoren antecedentes para evaluarlos[37]. Relacionado con esto, debemos mencionar la crítica que hace la sentencia al uso de modelaciones versus la realidad de las emisiones de la Central[38]. Debe recordarse que el SEIA se basa y opera por predicción de posibles impactos ambientales, velando por el cumplimiento de normas y la exigencia de medidas de mitigación y compensación

[35] BERMÚDEZ (2007) pp. 195-196; CORDERO (2010) 194-195.
[36] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerando 48°.
[37] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerando 50°.
[38] Corte Suprema (2012), rol 1960-2012, considerando 45°.

para minimizar dichos impactos; pero por ser un instrumento preventivo (la evaluación ambiental es requisito previo para su ejecución[39]), en la etapa de evaluación ambiental de un proyecto, difícilmente se tendrán mediciones reales en las cuales basarse. Además, ahora existe la posibilidad de revisión de la calificación ambiental si varían las condiciones o las variables ambientales no evolucionan según lo anticipado, a partir de las modificaciones de la Ley N° 20.417[40].

Haremos una prevención antes de terminar este comentario. La revisión judicial y la impugnación de los actos administrativos son pilares fundamentales del buen funcionamiento de nuestro sistema jurídico. No estamos diciendo que debe haber inmunidad de control de las decisiones administrativas en materia ambiental ni en ninguna otra. La posibilidad de la anulación de un acto administrativo es competencia judicial; pero esto debe ser un control jurídico, no una sustitución en concreto de la decisión técnica después de decidida la invalidación del acto.

Nuestra crítica central a lo sucedido en este caso es que para que este sistema funcione adecuadamente, los recursos y acciones, sean judiciales o administrativos, deben ser utilizados tanto por recurrentes como por los tribunales en su justa medida, de acuerdo a su objeto y el procedimiento que los antecede; y en este fallo se advierten razonamientos, decisiones, y actuaciones que se alejan de ese ideal.

Bibliografía

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2007): *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

BOETTIGER PHILIPPS, Camila, y LEIVA SALAZAR, Felipe (2011) "Caso Central Termoeléctrica Castilla: análisis de jurisprudencia y algunas reflexiones", en *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), Año XII N° 23: pp. 513-530.

CORDERO VEGA, Luis (2011): "Comentario a la sentencia de la Corte Suprema sobre la central termoeléctrica Castilla", en *Justicia Ambiental* (Fiscalía del Medio del Ambiente). Año III N° 3: pp. 193-201.

GUILOFF TITIUN, Matías (2010): "Campiche: es reversible la resolución de calificación ambiental". *Anuario de Derecho Público 2010* (Universidad Diego Portales): pp. 204-219.

GUZMÁN ROSEN, Rodrigo (2005): *La regulación constitucional del medio ambiente* (Santiago, LexisNexis).

[39] Artículo 8° de la LBMA.
[40] Artículo 25 quinquies de la LBMA.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (1993): "Recurso de protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación", en *Revista Chilena de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Chile) Vol. 20: pp. 595-601.

VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael (1989-1990): "El recurso de protección sobre materia ambiental en Chile", en *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) XIII: pp. 175-198.

Normas

Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, Decreto N° 47 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Diario Oficial, 5 de junio de 1992.

Ley N° 19.300, Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial, 9 de marzo de 1994.

Ley N° 20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, Diario Oficial, 26 de enero de 2010.

Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, Diario Oficial, 27 de junio de 1992.

Jurisprudencia

Corte Suprema (2012): Rol 1960-2012, 28 de agosto de 2012. Disponible en www.poderjudicial.cl

De la ejecución de oficio de los actos administrativos desfavorables. Comentario de la sentencia rol N° 2996-2012 de la Corte Suprema

COMENTARIO DE:

Nicolás Enteiche Rosales[1]
Profesor de Derecho Administrativo e Investigador
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

El presente comentario se ocupará de relatar sintéticamente los hechos que dieron lugar a las sentencias roles N° 338-2011 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, y N° 2996-2012 de la Excelentísima Corte Suprema. Seguidamente analizará críticamente la materia que es objeto de los fallos, cual es quién ejecuta o aplica las decisiones emitidas por la Administración del Estado.

El caso

Se interpone un recurso de protección por personas naturales agrupadas en el "Comité pro adelanto Puerto Viejo" (en adelante "los recurrentes"). Los hechos son que la comunidad indivisa "Aguirre Espoz", administrada por "Los Llanos S.A" (en adelante "los recurridos"), afirma que es propietaria de un predio, además señala que los recurrentes han ocupado y construido habitaciones en el inmueble de forma no consentida.

Antes de la presentación de la acción cautelar, se había emitido un decreto alcaldicio por el cual se ordenó "la demolición de las viviendas de construcción que no cuentan con permiso de edificación emitido por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Caldera, ubicadas en el sector de Puerto Viejo (...)".

Posteriormente, mediante una inserción en un diario de circulación local, motivada por la emisión del decreto alcaldicio antes referido, los recurridos anuncian que auxiliarán económicamente a los habitantes que pretendan evacuar el predio "en un plazo de 20 días a partir de esta publicación", seguidamente señalan que "vencido este plazo se procederá con auxilio de la fuerza pública a fin de cumplir tal decreto".

[1] Agradezco la valiosa labor de la ayudante de la Dirección de Investigación, Paula Bagioli.

La presidenta del comité individualizado, por sí y a nombre de los miembros de la comunidad del poblado costero de Puerto Viejo, dedujeron recurso de protección para ante la Corte de Apelaciones de Copiapó en razón de la amenaza que presenta el eventual desalojo con auxilio de la fuerza pública, calificándolo de "autotutela privada" (p. 4).

Los tribunales sentenciaron el rechazo de la autotutela, (i) mientras que la Corte de Apelaciones denegó la acción por la inverosimilitud de la amenaza, (ii) la Corte Suprema acogió la acción, pues la autotutela vulnera la Constitución Política de la República.

(i) La Corte de Apelaciones de Copiapó resolvió rechazar la acción, en virtud de la inexistencia de una amenaza real de carácter ilegal y arbitrario, agregando que los recurrentes carecen de un derecho indubitado que los legitime para impetrar el recurso de protección.

El tribunal señaló en su sentencia rol N° 338-2011, que la publicación no es ilegal ni arbitraria, ya que "no pasa de ser una mera comunicación informativa acerca del hecho de haberse dictado un decreto, emanado de la I. Municipalidad de Caldera" (considerando sexto).

Agrega la Corte que no existiría autotutela privada "desde que, como la propia recurrente afirma, ningún particular tiene la facultad de impetrar autónomamente dicho auxilio. La literalidad exegética (...) aparece a todas luces inverosímil y alejado [sic] de la lógica" (considerando séptimo).

Concluye el Tribunal de Alzada arguyendo que los recurrentes no son titulares de derechos indubitados, pues "la localidad de Puerto Viejo es un asentamiento irregular emplazado en terrenos sobre los cuales sus ocupantes no han acreditado título alguno" (considerando octavo).

(ii) La Corte Suprema revocó la decisión de la Corte de Apelaciones de Copiapó, pues existe un procedimiento administrativo y jurisdiccional para ejecutar el acto administrativo desfavorable, y habiéndose suscitado un acto de un particular que anuncia su aplicación condicionada, se viola el derecho al debido proceso.

La citada resolución señala que "(...) no es posible aceptar la justificación del recurrido, toda vez que el anuncio de proceder con auxilio o empleo de la fuerza pública una vez vencido el plazo establecido por el decreto de demolición ha podido generar en los afectados el temor de verse expuestos en forma inmediata a los efectos gravosos que naturalmente puede originar dicha acción. En esos términos, cabe concluir que la actuación de la recurrida es ilegal y arbitraria" (considerando quinto).

El Máximo Tribunal concluye "que la actuación reprochada, atendido que la disposición del auxilio de fuerza pública para lograr el cumplimiento de un decreto de demolición es un acto que debe emanar de la autoridad establecida por la ley, infringe la garantía contemplada en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política de la República, que prescribe que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley" (considerando sexto).

Comentario

La razón de nuestro comentario radica en la pretendida autotutela privada, aducida por la comunidad indivisa "Aguirre Espoz", ésta pretende imponer por la fuerza a otros particulares lo dispuesto en un acto administrativo.

Lo anterior nos convoca a abordar que: (**1**) dada la prohibición de la autotutela presente en nuestro ordenamiento jurídico (**2**), y siendo que los únicos órganos competentes para requerir coercitivamente la aplicación de cualquier acto administrativo desfavorable son los tribunales de justicia, (**3**) la Administración solo en casos excepcionales podrá ejecutar esta clase de decisiones.

1. Nuestro régimen jurídico positivo, y todos aquellos civilizados, ha optado por reconducir los modos de solución de conflictos a la vías institucionalizadas de su conocimiento y resolución, éstas tendrán como titulares a terceros imparciales e independientes que entreguen garantías mínimas.

En Chile la fuerza motivada por la determinación unilateral de las partes como forma de consecución de resolución de conflictos está proscrita, salvo en cuanto el mismo ordenamiento normativo permita su utilización[2]. En los casos excepcionales de sustitución del monopolio estatal de la fuerza, la traslación de ella se justifica por la imposibilidad cierta y actual de intervención por parte del órgano estatal competente[3].

[2] Se permite la autotutela, posibilitando a la persona que se encuentra en una situación jurídica que el derecho cautela a ejercer medios coactivos para hacerse justicia, en diversas normas. En todas estas hipótesis se deferirá el conocimiento del juez al solo conocimiento de las eventuales consecuencias por el ejercicio indebido del acto autotutelar. Así, por ejemplo, en el Derecho Civil se otorga el derecho para retener la cosa que es objeto del contrato celebrado: al arrendatario (artículo 1937, inciso primero del Código Civil), al arrendador (artículo 1942, inciso segundo del Código Civil), al mandatario (artículo 2162 del Código Civil), al comodatario (artículos 2183, 2184, 2185, del Código Civil), y al acreedor prendario (artículo 2401 inciso segundo del Código Civil); en el Derecho Laboral se otorga el derecho a los trabajadores para declararse en huelga (artículo 369 y siguientes del Código del Trabajo); y en el Derecho Penal se contempla la legítima defensa (artículo 10, números cuarto, quinto y sexto del Código Penal).

[3] La autotutela se legitima, pues "el mismo Estado, a través de la norma jurídica, desplaza la "sanción", como conducta de remplazo, a la conducta defensiva de la victima de la infracción jurídica, la cual puede imponer la pararregla (tácita, personal y autocompuesta) que permite, como se dijo, singularizar la norma y emplear la fuerza propia como fuerza legitimada por el propio Estado" RODRÍGUEZ (1999)

Por tanto, sea porque se constituye en un mecanismo propio de una sociedad primitiva, pues atenta contra el artículo 19 N° 3 constitucional[4], sea que no puede permitirse que el más fuerte prevalezca sobre el débil[5], o por una razón de justicia, la interdicción de la fuerza privada es una realidad en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Las sentencias descritas se engarzan con la antedicha interdicción. Mientras la Corte de Apelaciones desestima la seriedad de la amenaza de que se apliquen medios coactivos para ejecutar el decreto alcaldicio (considerando séptimo), la Corte Suprema es más categórica, al señalar que si el particular ejerciera la autotutela se constituiría en una comisión especial, sustituyendo al tribunal que prescribe la ley (considerandos quinto y sexto).

De otro modo, los argumentos de los tribunales superiores en las sentencias expuestas se centran en el artículo 19 N° 3, inciso sexto, confrontado con el artículo 76 de la Constitución Política. Esto se fundamenta en que, al existir un derecho constitucional a la acción, hay una recíproca obligación de conocer y de (en su caso) resolver, como también de hacer ejecutar lo juzgado por los tribunales de justicia, y no por otro ajeno.

Lo anterior, que aparece tan nítido en Derecho Privado y Procesal[6], es controvertido en Derecho Administrativo. Se afirma por algunos que la Administración del Estado poseería el privilegio de la aplicación coactiva de todos sus actos, para ellos el motivo de la "autotutela estatal" provendría de la naturaleza de las facultades administrativas[7]. Para otros tendría su fundamento

p. 95

[4] "La autodefensa está reñida en Chile con nuestro mecanismo constitucional legal. La igualdad ante la ley y ante la justicia excluye la autotutela como medio de solución. Por tal razón, el derecho positivo chileno prohíbe la autotutela y más aún, la sanciona criminal y civilmente como regla general". COLOMBO (1980) p. 13.

[5] "En las sociedades primitivas la protección de los intereses que actualmente reputamos jurídicos estaba entregada a sus propios titulares. De aquí que estos detentaran el poder de decidir los conflictos por si mismos, con lo cual, como fácilmente se entiende, la justicia estaba siempre del lado del más fuerte y se hacía carne de la realidad la sabia observación que un día hiciera Unamuno, si bien dentro de otro contexto, ya que, como lógica consecuencia de concurrir en un mismo sujeto la doble calidad de juez y parte, los juzgadores se preocupaban "más de vencer que de convencer" HOYOS (1987) p. 87, en el mismo sentido véase CALAMANDREI (1996) p. 223.

[6] Los procesalistas están contestes en que el poder de ejecutar los actos mediante la fuerza pública corresponde únicamente a los tribunales de justicia. Se ha dicho que "resumiendo diremos que, en el sistema nuestro, el imperio se caracteriza por ser una facultad privativa del Poder Judicial" CASARINO (2007) p. 36. Además Cfr. COLOMBO (1991) pp. 61-62.

[7] Así se señala por parte de la doctrina administrativa: "todo acto administrativo tiene la propiedad de ser esencialmente ejecutivo, por proceder de la administración, y con independencia de que se ejecute o no, lo cual puede depender de la decisión de la misma administración o de una orden jurisdiccional" JARA (1943) p. 235; "en el Derecho Administrativo, los actos tienen en sí mismos fuerza ejecutiva. La situación jurídica por ellos creada, modificada, reconocida o extinguida, puede ejecutarse con el solo mérito del acto administrativo y sin intervención de la autoridad judicial. No hay solución de continuidad entre el acto y su ejecución" AYLWIN (1952) p. 325; "Hay un efecto consustancial al acto administrativo: la ejecutoriedad. El acto se ejecuta por la Administración sin recurrir a otros poderes. En cambio, en

en la Ley N° 19.880 (en adelante "Ley N° 19.880" o "Ley de Procedimiento Administrativo")[8].

En otras palabras, para parte de la doctrina "los actos administrativos" podrían aplicarse coactivamente por la sola voluntad unilateral de la Administración del Estado. De otro modo, un órgano administrativo podría autotutelar o "ejecutar de oficio" cualquier acto por él emitido.

Pensamos que este diagnóstico es errado ya que desconoce la realidad jurídica chilena. Creemos que es necesario efectuar un análisis relativo a cómo se cumplen o hacen cumplir los actos administrativos.

(**2.1**) Existen actos administrativos directamente aplicables por la Administración del Estado y aquellos que requieren una voluntad posterior a la de su emisión para concretarse; (**2.2**) dentro de los actos administrativos que no son directamente aplicables, son los actos desfavorables aquellos que no son ejecutables.

2.1 En primer lugar, hay que distinguir entre los actos administrativos que "se aplican" por sí, y aquellos que requieren una segunda manifestación de voluntad para concretarse.

Se encuentran en esta primera clase de actos aquellos que pueden ser aplicados directamente, así por ejemplo, con el solo mérito de un acto certificatorio[9], un particular podría acreditar su nacimiento (certificado de nacimiento) o matrimonio (certificado de matrimonio)[10]. Aquí no existe autotutela, porque la naturaleza del acto le otorga tal virtud.

---

el Derecho Común la ejecución de los actos que celebran los particulares corresponde a los tribunales ordinarios. La Administración puede ejecutar el acto que emane de ella misma. El principio de la ejecutoriedad es de la esencia del acto administrativo" SILVA CIMMA (1995) p. 102; "la ejecutoriedad consiste en la facultad de que dispone la Administración ante el incumplimiento de las obligaciones o cargas impuestas por un acto administrativo a un administrado, para adoptar una de las siguientes medidas (...) multa (...) hacer ejecutar el acto por sus propios medios, es decir con elementos que le pertenecen orgánicamente, por cuenta y cargo del administrado renuente (...) hacer cumplir el objeto del acto por medio de un tercero ajeno a la Administración (....)" CALDERA (1981) p. 76.

[8] Así lo entiende un autor, quien señala "nuestro derecho positivo atribuye a la Administración la posibilidad genérica para proceder a la ejecución forzosa de sus actos. Así lo establece el ya citado inciso final del art. 3° LBPA (...)" agrega que el acto podría aplicarse incluso sin que esté a firme o ejecutoriado "la regla está en el art. 51 LBPA" CORDERO (SIN FECHA), pp. 127-128.

[9] Se ha definido esta clase de actos como aquellos en que "el órgano manifiesta lo que conoce y sabe o le consta de determinada manera" MORAGA (2010) p. 88, o bien "aquellos que reproducen o dan fe de las anotaciones que constan en un registro" SILVA CIMMA (2001) p. 85.

[10] El Servicio de Registro Civil es el organismo que emite esta clase de acto. "*Son funciones del Servicio: N° 7 Otorgar certificados que den fe de los hechos y actos jurídicos que consten en los registros que mantiene el Servicio*" (artículo 4° N° 7 de la Ley N° 19.477). Además es necesario de destacar que también personas jurídicas de derecho privado pueden "certificar" hechos, siendo a este efecto autorizadas por un organismo público, así por ejemplo la Superintendencia de Electricidad y Combustibles puede autorizar a terceros para "*otorgar un certificado de aprobación a los productos, máquinas, instrumentos, equipos, artefactos, aparatos y materiales eléctricos*" (artículo 3° N° 14, Ley N° 18.410).

Dentro de la segunda clase de actos se encuentran los que requieren de una segunda voluntad (un acto posterior), para ponerse en práctica. Aquí hallamos a los actos decisorios, o aquellos que, en lo pertinente, modifican la esfera jurídica de un particular de modo positivo o negativo. Estos actos decisorios pueden ser favorables, si afectan un derecho fundamental de un particular en su beneficio, o bien pueden ser desfavorables, si afectan un derecho fundamental de un particular en su perjuicio.

Los actos administrativos decisorios favorables sí pueden ser ejecutados por una segunda voluntad (un acto posterior) de la Administración del Estado, así, por ejemplo, si la Administración concede una pensión de gracia de carácter mensual, en el primer mes y los que continúan a éste deberá emitir un decreto de pago mediante el cual se ejecute de oficio el acto decisorio favorable. Así la misma Administración del Estado decidió otorgar un beneficio (acto administrativo decisorio favorable) y ejecutarlo de oficio (acto administrativo de ejecución).

2.2 El problema tiene lugar con los actos administrativos decisorios desfavorables, o aquellos que pueden afectar el derecho de un particular, esta especie de acto no obliga por sí mismo, sino que es necesario que un tercero lo ponga en ejercicio, ¿cómo se hace esto?

Ya que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, siempre que una parte pretenda concretar una pretensión debe someterla a un tercero independiente e imparcial, quien podrá o no aplicarla. Siendo que la Administración del Estado, cuando intenta hacer ejecutar acto sobre un tercero actúa como una parte interesada, al menos en Chile no contará con la autotutela.

Existen diversas razones para afirmar que en Chile, en la hipótesis de los actos administrativos desfavorables, la autotutela administrativa está proscrita: (**a**) las hay de índole constitucional, ya que la Carta Fundamental señala que, por regla general, solo los tribunales de justicia pueden hacer ejecutar sus resoluciones, (**b**) y excepcionalmente faculta al Presidente de la República para aplicar sus propios actos desfavorables, subsistiendo siempre la revisión judicial. También existen argumentos de carácter legal, (**c**) el primero versa acerca de la propia Ley N° 19.880, (**d**) el segundo se suscita por el contraste entre la ley de procedimiento administrativo española y la chilena.

a. El artículo 76 de la Constitución Política establece una regla general, cual es que los tribunales de justicia tienen la facultad de hacer ejecutar sus resoluciones al "impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren". De otro modo, constitucionalmente solo un tribunal de justicia podría ejecutar sus resoluciones.

Creemos que esta regla general establece un límite en cuanto al órgano que puede hacer ejecutar "sus resoluciones" (solo los tribunales de justicia), como también al medio a través del cual éste puede materializar la coerción (solo los tribunales de justicia pueden ordenar aplicar la fuerza o bien disponer de otros medios de ejecución de sus actos).

Lo anterior se aviene con la garantía de una investigación y procedimiento racionales y justos, contenida en el artículo 19 N° 3, especialmente en cuanto a que si bien pueden existir procedimientos de cara a la Administración, ésta no será quien resolverá, pues siempre se puede acudir ante la justicia.

b. La Carta Fundamental excepcionalmente (lo que confirma la regla general), permite que un órgano administrativo ordene, directa e inmediatamente, la afectación de derechos fundamentales. Esta hipótesis tendrá lugar en razón del ejercicio de las competencias constitucionales conferidas al Presidente de la República en los estados de excepción constitucional (artículo 43 de la CPR).

Ahora bien, aun cuando el Presidente de la República está facultado para ello, la propia Constitución sujeta sus "medidas particulares", o aquellos actos administrativos que apliquen en un caso particular la medida coercitiva, afectando los derechos constitucionales, a la eventual revisión de los tribunales de justicia, a través de "los recursos que corresponda[n]" (artículo 45 de la CPR).

c. La Ley N° 19.880 no establece que la Administración pueda ejecutar sus propios actos. Estimamos que esta idea es ajena tanto a lo que esta ley puede hacer, como también a lo que realmente expresa.

El objeto de la Ley de Procedimiento Administrativo es especificar el artículo 7° constitucional, detallando cómo actúa la Administración del Estado, en otras palabras, desarrolla la forma o procedimiento por el cual se emiten actos administrativos. Así, la Ley N° 19.880 no está destinada a crear nuevas competencias, por lo que atribuir la potestad de aplicar un acto administrativo anterior no está dentro del objeto de la norma.

¿Qué quiere el artículo 3° cuando prevé que los actos administrativos gozan "de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa"?

La respuesta aparece en el artículo 51, el cual indica que la "ejecutoriedad" del acto significa que éste goza de efectos vinculantes luego de su comunicación, pero allí no se permite que los órganos administrativos lo apliquen por sí y ante sí.

El contexto normativo en que se sitúa este precepto es el Párrafo 3° "Ejecución", dentro del Capítulo III de la "Publicidad y ejecutividad de los actos administrati-

vos". Luego de que los Párrafos 1° "Notificación" y 2° "Publicación" se dedican a especificar cómo se da a conocer a la persona un acto administrativo, el Párrafo 3° es solo consecuencia de su comunicación, cual es que obliga a sus destinatarios.

De igual forma el artículo 51 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en su real sentido y alcance, jamás señala que la ejecutoriedad sea la aplicación de un acto propio anterior mediante otro acto propio posterior. En su inciso primero solo indica que el acto administrativo obligará únicamente cuando sea comunicado a su destinatario, existiendo excepciones al efecto (actos con vigencia diferida y retroactiva).

d. La Ley 30/1992, acerca del "Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común" española, la que fue casi integralmente copiada por nuestra Ley de Procedimiento Administrativo, omitió todos aquellos artículos que versan acerca de la "ejecución de oficio" de los actos administrativos[11].

Dentro del Capítulo V "Ejecución" de la ley de procedimiento española, existe un precepto que expresamente le confiere la posibilidad de autotutelar sus actos al señalar que "*Las Administraciones Públicas (...) podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales*" (artículo 95 de la Ley 30/1992).

La ley, luego de reconocer expresamente la autotutela administrativa como dicha regla general, especifica los medios a través de los cuales se ejecutan los actos administrativos, encontrándose entre ellos "*A) Apremio sobre el patrimonio. B) Ejecución subsidiaria. C) Multa coercitiva. D) Compulsión sobre las personas*" (artículo 96 de la Ley 30/1992), los últimos preceptos del capítulo especifican qué se entiende por cada uno de estos medios de coerción (artículos 97 a 100 Ley 30/1992).

La Ley N° 19.880 en el Párrafo 3° "Ejecución" solo transcribe dos de los artículos (artículos 50 y 51 inciso primero, de la Ley N° 19.880) pertenecientes al Capítulo V "Ejecución" de la ley española (artículos 93 y 94 de la Ley 30/1992), mientras que en los demás preceptos nuestra Ley de Procedimiento Administrativo solo se refiere a la comunicación del acto administrativo y a su retroactividad.

Los preceptos transcritos y los agregados nada tienen que ver con la "ejecución de oficio" de los actos administrativos entendida como una competencia de carácter abstracto otorgada a todo órganos administrativos para aplicar sus

[11] Véase FERRADA (2007) pp. 83-84.

propias disposiciones desfavorables, pues tanto la Constitución como la Ley de Procedimiento Administrativo son contrarias a su existencia.

Debe entenderse que la ejecución de oficio se refiere a la obligatoriedad e imperio del que goza todo acto administrativo, una vez de que éste se da a conocer.

3. Demostramos que la ejecución de oficio de los actos administrativos desfavorables no tiene cabida como regla general en nuestro ordenamiento jurídico[12]. Pero ¿tiene esta regla excepciones?

Sí, distintas leyes facultan a la Administración del Estado para "ejecutar de oficio" actos administrativos decisorios desfavorables. Los casos de excepción pueden ser agrupados dentro de las siguientes causales excepcionales: (**3.1**) en virtud del quebrantamiento del orden público, con motivo de ocupaciones ilegales, (**3.2**) en razón de la resistencia al ejercicio de las facultades de fiscalización de la autoridad.

3.1 En ciertos casos, la autoridad administrativa puede ordenar ejecutar una decisión cuya finalidad es restablecer el orden y/o seguridad pública, específicamente para (**a**) reponer un servicio público paralizado, (**b**) recuperar un bien nacional de uso público, y (**c**) demoler y/o desalojar obras de urbanización. Así por ejemplo:

a. La Ley N° 20.504 la que "modifica el régimen jurídico del Transporte Público Concesionado", faculta al Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones para que, mediante el Ministro del Interior, se requiera "*el auxilio de la fuerza pública para obtener el íntegro cumplimiento de sus órdenes, instrucciones y resoluciones*" en caso que exista algún evento que paralice el servicio de transporte de pasajeros (artículo único, artículo 3° terdecies, Ley N° 20.504).

También el Decreto con Fuerza de Ley N° 323 de 1931, del Ministerio del Interior, "Ley de Servicios de Gas", otorga competencias a los funcionarios de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para adoptar las medidas necesarias a fin de preservar "*la seguridad del público y el resguardo de los derechos de los concesionarios y consumidores de gas*", pudiendo requerir el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus resoluciones "*con facultades de allanamiento y descerrajamiento si fuere necesario*" (artículo 55, DFL N° 323).

b. La Ley N° 19.175 "Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional", señala que en caso de ocupaciones ilegales de bienes nacionales de

[12] Se ha dicho que la ejecutoriedad de los actos decisorios desfavorables es excepcional y requiere ser creada por una ley previa y expresa ARÓSTICA (1996) pp. 78-79.

uso público, el Gobernador "*exigirá administrativamente su restitución*" (artículo 4 letra h), Ley N° 19.175).

Además, la Ley N° 20.494, que "Agiliza trámites para el inicio de actividades de nuevas empresas", faculta a las municipalidades "*para los efectos de la clausura*" de locales comerciales que no cuenten con la patente municipal a "*requerir el auxilio de la fuerza pública*" (artículo 1°, N° 1 letra d), Ley N° 20.494).

c. El Decreto con Fuerza de Ley N° 458 de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, "Aprueba nueva ley general de urbanismo y construcciones", faculta al Alcalde y, en su caso, al Secretario Regional de Vivienda y Urbanismo, para ordenar la demolición de construcciones en diversas hipótesis (artículos 121 inciso tercero, 123 inciso segundo, 124 inciso segundo, 145 inciso tercero, 153 inciso primero, y 157 inciso primero, DFL N° 458)[13].

3.2 En otros eventos la autoridad administrativa podría hacer ejecutar una decisión que tenga por objeto efectuar una competencia fiscalizadora, así por ejemplo, el Superintendente de Valores y Seguros podrá acudir directamente al auxilio de la fuerza pública, en caso de que un particular se oponga al ejercicio de algunas de sus facultades de fiscalización (artículos 4° y 26, Decreto Ley N° 3.538).

En idéntica hipótesis a la antes descrita, lo podrán hacer: los funcionarios de la Superintendencia del Medio Ambiente (artículo 28 inciso cuarto, Ley N° 20.417), los funcionarios del Servicio Nacional de Pesca (artículo 1° N° 30 letra a), Ley N° 20.434), y los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos (artículo 60 inciso séptimo, Código Tributario).

Por consiguiente, y tal como se ha señalado[14], la ejecución de oficio de los actos administrativos desfavorables está supeditada a que una norma legal

[13] Vale destacar que a propósito del DFL N° 458 de 1976, la Contraloría General de la República ha dictaminado que "no existe actualmente una norma general que faculte a los alcaldes para requerir directamente el auxilio de la fuerza pública", si bien ésta atribución general había sido contemplada en la antigua Ley Orgánica de Municipalidades (Decreto Ley N° 1.289 de 1975), fue excluida de la actual. Agrega que "lo anterior no significa que deban entenderse derogados aquellos preceptos legales que de manera expresa y especifica confieren al alcalde la atribución de formular el requerimiento de auxilio de la fuerza pública". CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (1998), en igual sentido (2009).

[14] Se ha dicho que "los artículos 51 y 3° de la ley definen en qué términos amplios o describen más bien estas prerrogativas, no pueden ser entendidos como una prerrogativa y una potestad concreta. Además también se ha sostenido, y es unánime la doctrina extranjera, por lo menos la española, que aquí estamos frente a *privilegios* de la Administración, puesto que no es habitual que un sujeto pueda imponer por sí mismo, ejecutar por sí mismo, aquellas obligaciones que, por lo demás, han emanado de él. Siendo, entonces, esto un privilegio, debemos examinarlo en forma excepcional, con el carácter de excepción que tiene, esto es, en forma restrictiva y solamente en los casos que expresamente el legislador sectorial especial ha previsto. Cada vez que el legislador ha considerado necesario otorgar al órgano competente la posibilidad de ejecutar sus actos así lo ha dispuesto. Esta norma de la ley de procedimiento, repito, tomada en forma bastante poco prolija del derecho comparado, *no es título lo suficiente para habilitar* actuaciones jurídicas de ejecución de sus propias resoluciones o deterioros" AGUERREA (2003) p. 50.

expresa faculte a la Administración para tal efecto, siendo ésta una situación meramente excepcional.

A modo de conclusión, atendido que la autotutela está prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, ni los particulares ni la Administración del Estado pueden ejecutar de oficio sus decisiones que afecten derechos fundamentales de sus destinatarios, salvo algunos casos excepcionales.

Las antedichas excepciones a la imposibilidad de ejecutar de oficio los actos de la Administración (véase punto 3) se justifican en ciertos casos, por la inmediatez de la medida que ha de adoptarse y, en su caso, la inexistencia de un conflicto de derechos (véase punto 3.1), pero presentan algunas dudas de constitucionalidad en la hipótesis en que exista un derecho de un particular en cuestión (véase punto 3.2).

Bibliografía

AGUERREA MELLA, Pedro (2003): "Las Prerrogativas del Acto Administrativo en la Ley N 19.880", en Conferencias Santo Tomás de Aquino, *Ley N° 19880, Sobre Procedimientos Administrativos* (Santiago, Academia de Derecho Universidad Santo Tomás), pp. 45-50.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1996): *Lecciones sobre acto administrativo* (Santiago, Universidad de Chile) 100 pp.

AYLWIN AZÓCAR, Patricio (1952): *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 325 p.

CALAMANDREI, Piero (1996): *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Editor El Foro), Tomo I.

CALDERA DELGADO, Hugo (2001): *Tratado de Derecho Administrativo,*(Santiago, Ediciones Parlamento Ltda), Tomo II.

CASARINO VITERBO, Mario (2007): *Manual de Derecho Procesal, Derecho Procesal Orgánico* (6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 189 pp.

COLOMBO CAMPBELL, Juan (1980): *La Jurisdicción, el Acto Jurídico Procesal y la Cosa Juzgada en el Derecho Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 142 pp.

COLOMBO CAMPBELL, Juan (1991): *La Jurisdicción en el Derecho Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 64 pp.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (SIN FECHA), "La Eficacia, Extinción y Ejecución de los Actos Administrativos en la Ley N° 19.880", en Segundas Jornadas de Derecho Administrativo, *Acto y Procedimiento Administrativo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 109-130.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2007): "Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno", en *Revista de Derecho*, Vol. XX N° 2, pp. 69-94.

JARA CRISTI, Manuel (1943): *Derecho Administrativo* (Santiago, Artes y Letras Impresiones), 854 pp.

HOYOS HENRECHSON, Francisco (1987): *Temas Fundamentales de Derecho Procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 246 pp.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1999): *El Derecho Como Creación Colectiva* (Santiago, Universidad del Desarrollo, Ediciones Jurídicas), 281 pp.

SILVA CIMMA (1995): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), Vol. V.

Jurisprudencia

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (1998): Dictamen N° 28.359.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2009): Dictamen N° 10.168.

CORTE SUPREMA (2012): Rol N° 2996-2012, Gladys Cisternas Opazo con Claudio Aguirre de la Lastra, Tercera Sala, 26 de julio de 2012.

CORTE DE APELACIONES DE COPIAPO (2012): Rol N° 338-2011, Gladys Cisternas Opazo con Claudio Aguirre de la Lastra, en Pleno, 03 de abril de 2012.

El abuso de derechos constitucionales y de la personalidad jurídica en materia laboral

Comentario a sentencia sobre el "Sindicato del Día Después". Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago Rit N° S-50-2010, 30 de diciembre de 2010

COMENTARIO DE:

Cristián Olavarría Rodríguez
Abogado
Miembro del Centro Chileno de
Estudios de Derecho del Trabajo A.G.

Introducción

En lo que sigue, comentaremos la sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo dictada el 30 de diciembre de 2010 en causa RIT S-50-2010, ya ejecutoriada, que se pronuncia acerca de la figura laboral abusiva denominada *"sindicato del día después"*, consistente en la constitución de una organización sindical una vez comunicado el despido de los trabajadores, a fin de otorgar a través de la constitución de dicha persona jurídica fueros sindicales retroactivos a los trabajadores despedidos. De esa forma se busca afectar la facultad legal de poner término a los contratos de trabajo. El fallo resulta de interés, por cuanto permite reflexionar sobre la extensión de la figura del abuso incluso respecto de derechos constitucionales o garantizados en instrumentos internacionales, como asimismo respecto de la personalidad jurídica.

I. Resumen de los hechos y del iter procesal

1. Relación de los hechos

La directiva del Sindicato Interempresa Santa Isabel Chile, señores Luis Arnaldo Castillo Castillo (Presidente), Miguel Alberto Estrada Calderón (Tesorero), Víctor Manuel Marín Salinas (Secretario) y Dariel Alejandro González Núñez (Delegado) interpusieron denuncia por práctica antisindical en contra de Montecarlo Administradora S.A. y de Santa Isabel Administradora S.A., fundados en el hecho de haber sido separados ilegalmente de sus puestos de trabajo.

El señor Luis Arnaldo Castillo Castillo fue despedido el día 13 de agosto de 2010; el señor Miguel Alberto Estrada Calderón, el 14 de agosto de 2010; el señor Víctor Manuel San Martín Salinas, el 16 de agosto de 2010 y el señor Dariel Alejandro González Núñez el día 11 de agosto de 2010; todos por la causal de necesidades de la empresa contemplada en el artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo.

Con fecha 20 de agosto de 2010 se realizó la asamblea de constitución del sindicato interempresa indicado, resultando los demandantes elegidos directores sindicales. El 23 de agosto de 2010 se efectuó el depósito de los estatutos y actas de constitución en la Dirección del Trabajo y con fecha 25 de agosto se notificó en forma personal a las empresas Santa Isabel Administradora S.A. y Montecarlo Administradora S.A. de la constitución del mencionado sindicato interempresa.

El día 25 de agosto de 2010 la Inspección del Trabajo a través de fiscalización constató la acreditación de fuero de los trabajadores, su notificación al empleador y la inexistencia de autorización para despedir. Las empresas no se allanaron a cumplir las instrucciones de la fiscalizadora. A su vez, tampoco aceptaron reconocer la calidad de aforados de los trabajadores despedidos por no haberse cumplido con la notificación exigida por la ley en el artículo 225 del Código del Trabajo. Dicha norma impone al directorio sindical comunicar por escrito a la administración de la empresa la celebración de la asamblea de constitución, la nómina del directorio y quiénes dentro de éste tienen fuero, todo ello dentro del plazo de tres días hábiles laborales siguientes al de su celebración.

A su vez, con fecha 2 de septiembre de 2010 se notificó por carta certificada al empleador de la elección del delegado sindical, señor Dariel Alejandro González Nuñez, habiendo sido despedido, según se expuso, este último con fecha 11 de agosto de 2010 por la causal del artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo.

La acción deducida en autos se funda en la celebración de la asamblea constitutiva del Sindicato Interempresa Santa Isabel el 20 de agosto de 2010, días después de los respectivos despidos. En dicha fecha los demandantes fueron elegidos como miembros de la directiva, a excepción del señor Dariel Alejandro González Nuñez, quien fue electo delegado en fecha posterior, el 31 de agosto del 2010.

Sobre la base de lo anterior, se solicita por los demandantes la declaración de existencia del fuero sindical y que las demandadas han incurrido en práctica antisindical consistente en el desconocimiento de dicho fuero. Junto a lo anterior, sostienen que se les ha impedido el ejercicio de su cargo de directores sindicales.

Las demandadas desconocen el fuero y solicitan también, conjuntamente con el rechazo de la denuncia, una declaración al tribunal en el sentido de que éstos han abusado de su derecho de sindicalizarse.

2. Relación del iter procesal

La denuncia de práctica antisindical fue interpuesta con fecha 30 de septiembre de 2010. El tribunal del trabajo, en primera resolución, de 5 de octubre de 2010, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 492 del Código del Trabajo, ordenó la reincorporación inmediata de los demandantes, la que se llevó a cabo con fecha 12 de octubre de 2010. El artículo 492 del Código del Trabajo autoriza al tribunal del trabajo para suspender en la primera resolución los efectos del acto impugnado, en este caso el despido, cuando aparezca de los antecedentes acompañados que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles.

La sentencia de única instancia rechazó la denuncia por práctica antisindical, declarando que los denunciantes incurrieron en abuso de su derecho a la sindicación. A su vez, dejó sin efecto la medida cautelar de reincorporación indicada facultando a las demandadas a separar definitivamente a los trabajadores denunciantes.

Se interpuso por parte de los demandantes, con fecha 13 de enero de 2011, recurso de nulidad, el que la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en resolución de fecha 13 de enero de 2011, declaró abandonado sobre la base de lo dispuesto en el artículo 481 inciso 3° del Código del Trabajo. Dicha norma, dispone que la falta de comparecencia de uno o más recurrentes a la audiencia dará lugar a que se declare el abandono del recurso respecto de los ausentes. La sentencia quedó ejecutoriada el día 30 de agosto de 2011.

II. Principales argumentos del fallo

Los argumentos de la sentencia se distinguen en argumentos de forma y de fondo, centrando nuestro análisis en los segundos. Sin perjuicio de ello, para dar noticia del conjunto de lo resuelto, pasamos a reseñar los argumentos de forma.

1. Argumentos de forma

Los argumentos de forma se encuentran en los considerandos quinto, sexto y séptimo. En lo sustancial, la sentencia se basa para rechazar los defectos formales alegados por las demandadas en el hecho de que a las empresas demandadas se les comunicó la existencia del fuero sindical de una manera más perfecta que la requerida por el artículo 225 del Código del Trabajo. En efecto, dicha

norma requiere una comunicación vía carta certificada, en circunstancias que las demandadas fueron informadas a través de comunicaciones entregadas en forma personal a sus respectivos representantes. Además, los mismos representantes, durante el juicio, declararon que recibieron y que leyeron dichas comunicaciones, no pudiendo aceptarse por las demandadas un desconocimiento del fuero sindical de los trabajadores despedidos.

Conjuntamente con lo anterior, la sentenciadora funda su decisión argumentando que a un derecho constitucional, como es el de la libertad sindical, se le debe dar la máxima optimización debiendo servir de base a la interpretación de la normativa del Libro III del Código del Trabajo, que regula a las organizaciones sindicales y del delegado del personal, siendo la forma de comunicación no utilizada y que exige la ley más irrelevante que el valor del mencionado derecho constitucional.

Por otra parte, se rechaza la defensa formal de los demandados fundada en el artículo 238 del Código del Trabajo, indicando que no puede considerarse dicha norma infringida, por cuanto debe dársele un sentido de promotor de la libertad sindical, en el sentido que las formalidades en el proceso de constitución de organizaciones sindicales no tienen el carácter suficiente para anular el fenómeno sindical, que Chile se ha comprometido a respetar a través de convenios internacionales siendo la sanción de ineficacia pretendida por las demandadas improcedente y desproporcionada.

Dicho esto, pasamos a la exposición de los argumentos de fondo

2. Argumentos de fondo

Los argumentos de fondo, que son los que interesan especialmente a objeto de nuestro análisis, se encuentran en los considerandos undécimo, duodécimo y décimo tercero, los que textualmente indican lo siguiente:

> "Undécimo: Que conforme a lo relacionado y con el mérito de la prueba rendida se ha logrado establecer que, más allá de la apariencia de validez de los fueros que formalmente ostentan los denunciantes, éstos no responden a una finalidad legítima amparada por el derecho, toda vez que existen antecedentes suficientes para estimar que la constitución del sindicato al que acceden ha tenido como única finalidad el proveerse de una inamovilidad para evitar el despido y no la asociación para promover y defender los intereses colectivos comunes a un grupo interempresarial. Esta conclusión se apoya en los siguientes antecedentes:
>
> El breve lapso entre el despido de los denunciantes y la creación del sindicato, conforme a las fechas no discutidas señaladas en el motivo primero.

La innegable situación de conocimiento de los trabajadores denunciantes de su situación de despedidos a la fecha de la constitución del sindicato interempresa, cuestión que se desprende de la sola lectura de la demanda, y la nula referencia a esta circunstancia, ni para reprocharla a la empleadora ni para referir sus motivaciones de creación de la nueva organización sindical.

La pertenencia de los denunciantes a sindicatos de empresa preexistentes a la organización nueva (según reconoce el absolvente González y se constata de los descuentos de cuotas sindicales que constan en las liquidaciones de remuneración respectivas), careciendo además de motivos de la formación del sindicato interempresa, lo que permite plantear la duda respecto de la necesidad del mismo y los fines que se persiguen con su creación.

La inexistencia de actividad sindical del sindicato interempresa constituido y sus representantes, aun después de reincorporados; cuestión que se evidencia de las declaraciones de las testigos de las demandadas y de la propia confesión del Sr. González, quien además reconoce el escaso número de socios y que hace presumir el uso meramente instrumental de la forma sindical.

La inexistencia de prueba que acredite la persecución de fines legítimos y vindicaciones naturales que motivan la constitución de una organización sindical seria.

"Duodécimo: Que conforme a lo concluido en el motivo anterior se constata que la finalidad por la cual se ha constituido el sindicato interempresa Santa Isabel es abusivo y contrario a Derecho, por cuanto se ha ejercido el derecho de sindicación con desviación del fin que el ordenamiento le ha previsto, cual es la promoción y defensa de los intereses colectivos, perturbando además la potestad legal del empleador, respaldada en valores constitucionales, con el objeto de enervar un despido careciendo de título legítimo que los provea de estabilidad. Esta situación obliga a esta sentenciadora a restar eficacia al fuero de los denunciantes, tanto por resultar fruto de un ejercicio abusivo, cuanto porque lesiona directamente el ejercicio de la libertad sindical al constituir sindicatos precarios y subordinados a intereses personales con fines espurios.

"Décimotercero: Que, tal como lo señala la demandada Montecarlo Administradora S.A. en su contestación de la denuncia, este tema ha sido también objeto de sentencia en el sistema laboral antiguo, destacando el fallo del magistrado Álvaro Flores Monardes en el rol 74-2007 del Octavo Juzgado del Trabajo, quien, siguiendo a Manuel Atienza, declara que es presupuesto de toda demanda la invocación de un interés o derecho legítimo, esto es, que sea reconocido por el ordenamiento... (y) que no se agota en una

> cuestión puramente formal... y por lo mismo, obliga al juzgador en determinadas circunstancias a desconocer los efectos de un acto formalmente válido pero que se concreta con la finalidad de defraudar algún principio valioso del ordenamiento.

En consecuencia, el argumento de fondo para rechazar la denuncia de autos fue que el sindicato interempresa fue constituido por los trabajadores demandantes con la sola finalidad de proveerse de una inamovilidad a fin de evitar el despido de que fueron objeto y no con el objeto propio de dichas personas jurídicas, consistente en la asociación para promover y defender los intereses sindicales y colectivos comunes a un grupo empresarial.

III. Valoración crítica

1. El abuso de la personalidad jurídica[1]

La sentencia resulta de interés debido a que rechaza el abuso de constitución formal de una persona jurídica, como son las organizaciones sindicales, destinadas a perseguir un fin ilícito. En este caso se perseguía por parte de los demandantes sustraerse de la aplicación del artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo a través de la cual se le puso término a su contrato de trabajo.

La sentencia analizada, a nuestro juicio con acierto, no tolera dicho abuso, considerando que la constitución del Sindicato Interempresa Santa Isabel Chile atenta contra el fin que el ordenamiento jurídico le ha previsto, precisando que dicho fin es el de promoción y defensa de los intereses colectivos, declarando que el fuero que se ha originado a través de la constitución de dicho sindicato no constituye un título legítimo para efectos de impedir la validez de los despidos de los demandantes, destacando que éstos fueron elegidos fraudulentamente como directores sindicales. En este sentido, la sentencia tiene un importante significado, por cuanto, compartiendo la opinión del profesor Lyon Puelma, no es posible concebir un ordenamiento jurídico que permita que sus instituciones se utilicen para violar el espíritu de sus propias disposiciones[2].

Resulta importante destacar que el abuso de la personalidad jurídica del sindicato constituye una forma de abuso del derecho a la sindicación, aspecto que se desprende de la sentencia, no siendo jurídicamente admisible utilizar indebidamente

[1] Sobre abuso de la personalidad jurídica, véase: MEREMÍNSKAYA, ELINA, *"Levantamiento del velo societario", Gaceta jurídica*, Santiago,N° 280 (oct. 2003), p. 17-39; LÓPEZ DÍAZ, PATRICIA VERÓNICA, ELINA, *La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentación de la personalidad jurídica*, Santiago, LexisNexis, 2003.

[2] LYON PUELMA, ALBERTO, *Personas jurídicas. Abuso de la forma- Gobierno corporativo y responsabilidad, derechos y obligaciones de los miembros-Divisiones fusiones- Conflicto de interés- Control*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006, p. 65.

la garantía constitucional de la libertad de sindicación contemplada en el artículo 19 N° 19 de la Constitución, como ha ocurrido en el caso que aborda la sentencia.

Destaca la prolijidad de la sentenciadora para llegar a la conclusión indicada. Lo anterior por cuanto se apoya en antecedentes que exponen con clara evidencia que el sindicato interempresa antes mencionado era una mera apariencia y que tenía exclusivamente por objeto el fin ilícito indicado. Destacan todos y cada uno de dichos antecedentes, los cuales son el breve lapso entre el despido de los denunciantes y la constitución del sindicato, el conocimiento de los demandantes de su situación de despedidos a la fecha de constitución del sindicato, la pertenencia de los denunciantes a sindicatos preexistentes al nuevo sindicato careciendo de motivos la constitución de dicho sindicato, la carencia de toda actividad sindical en el mismo y la inexistencia de prueba que acreditara la persecución de fines legítimos y vindicaciones naturales que motivan la constitución de una organización sindical seria. Es así que de dichos antecedentes no cabe duda alguna que única y exclusivamente nos encontramos ante un abuso formal de la constitución de una persona jurídica.

Por su parte, la decisión de la sentencia de restar eficacia al fuero de los denunciantes también es acertada, por cuanto resulta prudente debido a que solamente desplaza la forma de la persona jurídica constituida para efectos de aplicar la norma jurídica vulnerada, que es la que autoriza al empleador a poner término al contrato de trabajo por la causal de necesidades de la empresa, específicamente, el artículo 161 inciso 1° del Código del Trabajo, no dejando sin efecto al sindicato por causa u objeto ilícito por haberse abusado la estructura formal de la persona jurídica a que nos referimos.

A su vez, la sentencia objeto del análisis se funda en otra sentencia laboral referida a una situación similar ocurrida años atrás, bajo la regulación del antiguo procedimiento laboral, dictada en causa rol 74-2007 por el Octavo Juzgado de Letras del Trabajo, lo que demuestra un rechazo en otra oportunidad a este tipo de abusos. Lo anterior va en directo beneficio de la seguridad jurídica, que en materia laboral resulta algunas veces tan esquiva. Hacemos presente lo destacable que es que los tribunales de justicia tengan uniformidad de criterios que eviten abusos de derecho especialmente en materias tan relevantes como las discutidas en el juicio en el cual se dictó la sentencia comentada.

2. El abuso de un derecho constitucional

Por otra parte, es interesante este caso, por cuanto los demandantes han hecho un uso indebido de un derecho constitucional[3], como es la libertad sindical contemplada en el artículo 19 N° 19 de la Constitución. Garantía constitucional,

[3] Sobre la teoría del abuso del derecho, véase: RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

que entre sus manifestaciones destaca la constitución de sindicatos. Aspecto que la sentenciadora advirtió oportunamente y con valentía desechó, no considerando el fuero ilegítimo obtenido a través de esa figura. Ello sin lugar a dudas constituye una recta aplicación y protección a los derechos fundamentales que contempla nuestro ordenamiento jurídico, lo que la sentencia reconoce al señalar en la parte final del considerando Duodécimo que la conducta de los actores *"lesiona directamente el ejercicio de la libertad sindical al constituir sindicatos precarios y subordinados a intereses personales con fines espurios"*. En este sentido, también resulta destacable que los tribunales de justicia inferiores protejan las garantías constitucionales dando una recta aplicación a las mismas y evitando que puedan ser utilizadas para amparar situaciones abusivas.

3. Ausencia de mención explícita a la buena fe

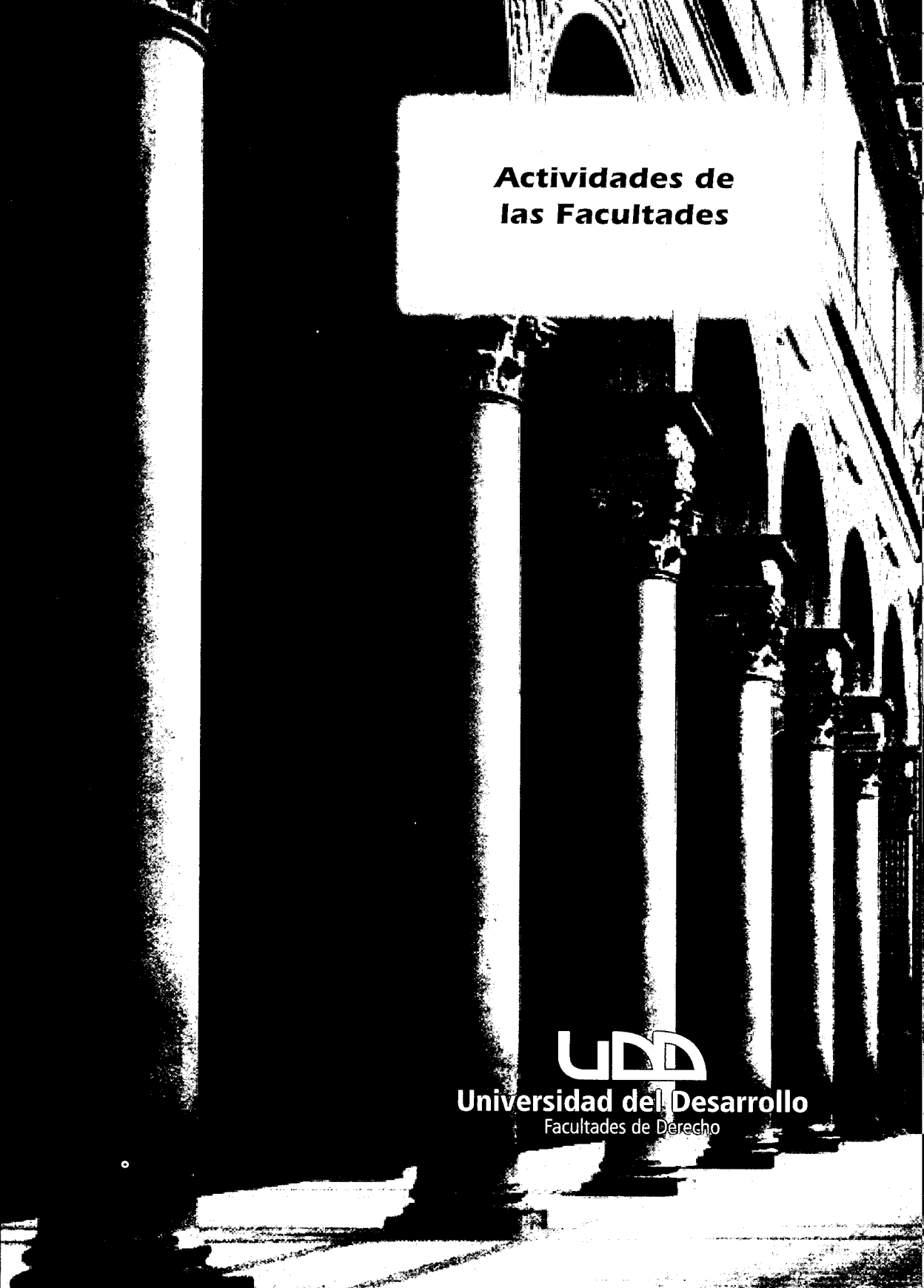
No obstante las acertadas conclusiones de la sentencia, se echa de menos una mención expresa al principio de la buena fe. En efecto, considerando los hechos indicados, no podría sostenerse que los demandantes actuaron conforme a dicho principio al realizar la maniobra a la cual nos hemos referido, lo que en cambio sí hace la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, dictada con fecha 6 de diciembre de 2007, en causa rol N° 185-2007 respecto de una situación similar. Sin embargo, lamentablemente su mención a dicho principio es reducida y sin profundización, declarando nada más que el fuero posterior al despido atenta contra el principio de la buena fe que debe existir en las relaciones de las partes.

Somos de la opinión que en situaciones como las que se analizan el principio de buena fe adquiere gran relevancia no pudiendo ser omitido. La sentencia en análisis al parecer temerosa de referirse a dicho principio en el considerando decimotercero, al referirse a la sentencia dictada en rol 74-2007 indica que es presupuesto de toda demanda la invocación de un interés o derecho legítimo, que obliga al juzgador en determinadas circunstancias a desconocer los efectos de un acto formalmente válido, pero *"que se concreta con la finalidad de defraudar algún principio valioso"*, refiriéndose en términos generales a algún principio valioso, pudiendo haberse referido entre sus argumentaciones al principio de la buena fe dando un adecuado desarrollo al mismo.

En fin, de haber la sentencia acogido la denuncia interpuesta por los directores del Sindicato Interempresa Santa Isabel, se habría sentado un desfavorable precedente. Lo anterior por cuanto se habría validado la intención fraudulenta de burlar la ley por parte de trabajadores elegidos directores sindicales. Asimismo, hubiera sido un aporte para llevar al descrédito la institución del sindicato y, por qué no decirlo, se hubiera atentado contra las bases morales que se encuentran en nuestra sociedad, de ahí nuestros comentarios favorables a la sentencia dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo.

Conclusión

La sentencia importa un antecedente relevante, por cuanto rechaza que bajo la apariencia de sindicato, persona jurídica esencial del Derecho del Trabajo y manifestación de la garantía constitucional de la libertad sindical contenida en el artículo 19 N° 19 de la Constitución, se persigan fines ilícitos, como es burlar la ley para afectar el derecho del empleador de poner término al contrato de trabajo. Por consiguiente, en lo de fondo refrenda la aplicación de la figura del abuso a la personalidad jurídica, e incluso la extiende al ámbito de un derecho garantizado constitucionalmente y en instrumentos de derecho internacional, con lo cual amplía la esfera de proscripción y sanción del abuso.


Actividades de
las Facultades
Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actividades de la Facultad de Derecho Sede Santiago

Segundo Semestre 2012

Trinidad Siles del Valle
Coordinadora de Carrera
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

I. Actividades de Admisión

1. Vive la Universidad

El 11 de agosto se realizó la II Jornada " Vive la Universidad", instancia en la cual se dan a conocer a la comunidad escolar las distintas áreas asociadas a las carreras que imparte nuestra casa de estudios a través de talleres interactivos, charlas, generando así un espacio de encuentro. El tema programado para esta ocasión fue: "Derechos del consumidor" y contó con la participación de dos profesores titulares de la facultad, Carolina Devoto y Antonio Ecclefield y la asistencia de 50 alumnos de distintos colegios de Santiago.

2. Torneo Debate Interescolar

Entre el 25 de septiembre y el 11 de de diciembre se desarrolló en nuestra Universidad el Torneo de Debate con los colegios Villa María, Instituto Nacional, Colegio Newland, Colegio Apoquindo, Alcázar de Las Condes y Liceo 1. Cada establecimiento contó con una preparación de 20 minutos para plantear las defensas de sus posturas.

II. Actividades de la Facultad

1. Visitas y participación de profesores

Derecho del Trabajo

Los alumnos del curso de las profesoras Cecily Halpern y Rosa María Mengod visitaron la Corte Suprema, guiados por la señora relatora de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Marisol Rojas.

Posteriormente, estos mismos alumnos hicieron un simulacro de una audiencia de juicio en el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo. Esta actividad se llevó a cabo gracias a las facilidades que prestó la Magistrado de Letras del Trabajo, Sra. LLilian Durán.

Derecho Procesal

Los alumnos del curso realizaron una visita con el profesor titular del curso, Señor Enrique Tapia, al Centro de Justicia, con la finalidad de asistir a una audiencia de juicio oral.

Un grupo del curso del profesor Jorge Ugarte realizó una segunda visita a la Corte Suprema, de esa manera se completó la visita general del curso.

Derecho Internacional Privado

La Embajada de Estados Unidos en Santiago invitó a algunas personas a seguir el proceso eleccionario presidencial de ese país. El profesor Raúl Campusano invitó a seis de sus alumnos del curso de Derecho Internacional Privado a seguir este interesante evento. La jornada estuvo complementada con conferencias dictadas por funcionarios de la Embajada, una votación simulada en que todos los asistentes pudieron expresar su referencia presidencial, e incluso elegir un prendedor con el símbolo del Partido Demócrata o Republicano, según supreferencia.

Conspectus es una agrupación de jóvenes de la facultad de Derecho UDD que se reúnen cada cierto tiempo para debatir temas de relevancia política. En septiembre, Pablo Soto, Director Ejecutivo del Centro de Estudios de la FECH, expuso acerca del concepto y rol de la Universidad, sobre el poder económico y social en instituciones universitarias y su eficiencia en el sistema, y finalmente realizó un diagnóstico y evolución del movimiento estudiantil

Encuentro entre Medicina y Derecho

El Centro de Justicia Constitucional realizó un encuentro entre las dos facultades para discutir el tema "El Debate Legislativo sobre el Aborto" y contó con la asistencia de alumnos y profesores de Medicina y Derecho. El moderador y presentador fue Alberto Lecaros, coordinador del Observatorio de Bióetica y Derecho. El foro presentó a dos expositores, Sergio Verdugo, representando a la UDD, y Lidia Casas, investigadora del Centro de Derechos Humanos y profesora de Derecho de la UDP.

VI Jornadas de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile

En la VI versión de las Jornadas de Derecho Ambiental, Raúl Campusano, profesor de Derecho Internacional, presentó la ponencia: "Desde la certeza de la

regla a la diversidad de la práctica: El nuevo derecho internacional del medio ambiente".

Vale la pena destacar que entre los expositores extranjeros estuvieron Vanessa Richard, Victurine Ray, Richard Frank, José Lino Chaves, y Antonio Herman de Vasconcellos, y entre las autoridades estuvieron el Subsecretario de Medio Ambiente Ricardo Irarrázabal y el Superintendente de Medio Ambiente Juan Carlos Monckeberg.

V Encuentro Regional de Derecho Público

Los profesores de la Facultad de Derecho, UDD, Sergio Verdugo y Raúl Campusano, participaron con ponencias en los V ENCUENTROS REGIONALES DE DERECHO PÚBLICO en la Ciudad de Viña del mar, organizados por la Universidad Andrés Bello durante el mes de septiembre.

Segundos Coloquios de Derecho Internacional

En septiembre se celebraron en la ciudad de Concepción los SEGUNDOS COLOQUIOS DE DERECHO INTERNACIONAL, organizados por la Universidad de Concepción. El profesor Raúl Campusano representó a la UDD con el tema: "NORMAS DE SOFT LAW AMBIENTALES Y SOCIALES APLICABLES A PROYECTOS DEL SECTOR DE RECURSOS NATURALES".

Culminaron los coloquios con una conferencia magistral de los embajadores Alberto van Klaveren y María Teresa Infante sobre la etapa final del diferendo marítimo con Perú ante la Corte Internacional de Justicia.

XIV Jornadas de Derecho Minero, 9 y 10 de octubre

La Fundación Fernando Fueyo y la Universidad Diego Portales llevaron a cabo este año las XIV Jornadas de Derecho Minero. El profesor Raúl F. Campusano representó a la UDD con la ponencia: "El Contrato Modelo para Inversiones Extranjeras de Proyectos Mineros".

Torneo Mundial de Debate en Español

En agosto se realizó en Chile el Campeonato Mundial de Debates en Español (CMUDE 2012). La UDD fue representada por dos equipos conformados por alumnos de nuestra facultad y miembros de la Sociedad de Debates de la Universidad del Desarrollo (SDDUDD). Participaron en esta actividad: Josefa Giesen, Juan Ignacio Figueroa, José Ignacio Astudillo y José Tomás Herrera, entrenados todos ellos por el profesor Carlos Pereira Jadue. En el torneo estuvieron presentes 144 delegaciones de Chile, Perú, Argentina, Colombia, México, España, Estados Unidos y Venezuela.

Bolivia y MOEA 2012 Cochabamba

Bolivia y la Universidad del Valle recibieron a más de 500 estudiantes de distintos países que conforman la organización de la OEA, todos ellos participaron en el 30° modelo de la Asamblea General (MOEA) simulando un encuentro similar entre universitarios. Este año 2012 se debatió la Seguridad Alimentaria con soberanía en las Américas. Carlos Pereira, José Tomás Herrera, Josefa Giesen, José Ignacio Astudillo y Luis Hernán Acevedo participaron en la actividad representando a la UDD.

2. Programa de Perfeccionamiento Docente para Ayudantes

Durante el periodo académico 2012, se realizaron dos capacitaciones que se enmarcan en el Programa de Perfeccionamiento Docente, contando con la participación de 14 ayudantes de la carrera, quienes profundizaron aspectos relacionados con el proyecto educativo UDD y ejercitaron metodologías como la discusión guiada y la resolución de casos. Luego de la capacitación, cada ayudante aplicó alguna de estas metodologías activas, siendo observado en la sala de clases por las tutoras del programa, Carolina Devoto y Mariana Ahumada.

Los ayudantes capacitados fueron:

Mónica Apablaza, ayudante de Derecho del Trabajo I.

Natalia Fajardo, ayudante de Derecho Administrativo.

Francisco Galli, ayudante de Derecho Civil.

Nicolás Galli, ayudante de Derecho Civil.

Felipe Godoy, ayudante de Bases del Orden Jurídico.

Alejandro Leiva, ayudante de Derecho Procesal.

Francesca Mauriziano, ayudante de Derecho Civil.

Fernanda Morales, ayudante de Derecho Civil.

María José Osorio, ayudante de Derecho Procesal.

Felipe Pavez, ayudante de Derecho Tributario.

Carlos Pereira, ayudante de Derecho Político/Constitucional.

Simón Ponce, ayudante de Derecho del Trabajo II.

Paula Rebolledo, ayudante de Derecho Procesal.

Karl Sievers, ayudante de Derecho del Trabajo II y Seguridad Social.

3. Distinciones

El profesor Rafael Gómez Balmaceda fue nombrado árbitro en el proceso entre la Empresa Colbún y el consorcio de contratistas encargados de construir la Central Santa María, compuesto por Slovenské Energetické Strojárne, Tecnimont S.p.A, Tecnimont do Brasil y su sede de Chile; e Ingeniería y Construcción SES Chile.

4. Ciclo "Derecho a Conversar"

En mayo recibimos a Mijail Bonito Lovio, abogado disidente cubano, Secretario de Relaciones Internacionales de Cuba Independiente y Democrática (CID), vocero y fundador del movimiento "Cubanos por la Democracia" . El invitado fue entrevistado por el profesor de Derecho Constitucional Sergio Verdugo acerca de aspectos como la libertad de expresión, la Constitución, las medidas de peligrosidad delictiva, la educación superior, el Estado de Derecho, tópicos que le permitieron al invitado explayarse con mucho apasionamiento y hacer juicios sobre la forma de gobernar en Cuba, la situación en que viven los cubanos, la pérdida de los valores tradicionales, la ausencia del sentido de familia, la imposibilidad de tener proyectos futuros, en fin, una situación insostenible que supone una absoluta falta de participación y decisiones de los ciudadanos en el Estado. Esta es justamente la causa por la que el CID se fundó: buscar canales de participación ciudadana y mecanismos para que la sociedad civil pueda organizarse.

En agosto, la Facultad de Derecho invitó en este espacio al psiquiatra y psicoanalista Ricardo Capponi Martínez, quien abordó el tema de la Sexualidad en la Etapa Universitaria, desde una Perspectiva de Vida Sana. El profesional acentuó cuatro aspectos de la vida de pareja: la comunicación, los planes en común, la contención emocional y la vida sexual. Capponi, gracias a la práctica clínica, les planteó a nuestros universitarios la importancia de construir una relación de pareja en simetría, construyendo un compromiso real que suponga fidelidad, que tenga la aspiración de durar toda la vida y que nos complemente y no nos anule.

Concurso de Cuentos

En octubre del año en curso realizamos por cuarto año consecutivo el concurso de cuentos para todos los alumnos de la Universidad. En esta ocasión se pre-

sentaron 24 cuentos de distintas carreras y el jurado señaló que es notable la mejoría en la calidad de las presentaciones. Se entregaron los galardones a los tres alumnos ganadores el 7 de noviembre en una ceremonia íntima.

Los alumnos premiados por la Facultad de Derecho fueron:

Isidora Jesús Alvarado Basterechea, alumna de la carrera de Teatro, premiada con un tablet.

Jaime Caballero Vivanco, alumno de Derecho, premiado con un IPod Touch.
Dennis Aldridge Mayorga, alumno de Teatro, premiado con un Ipod Nano.

El 13 de diciembre la Facultad de Derecho ofreció una cena de camaradería en el Hotel Intercontinental a los profesores de la carrera y a todos los licenciados de Ciencias Jurídicas UDD; el objetivo principal es vincular a los ex alumnos abogados a la vida universitaria y al quehacer académico de la facultad.

II. Actividades de Extensión

Seminarios

"Nueva Ley de Quiebras: Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas". El día jueves 8 de noviembre a las 18:00 hrs. se realizó el seminario sobre la nueva Ley de Quiebras.

En la actividad participaron como expositores:

Josefina Montenegro Araneda: Superintendenta de Quiebras.

Nelson Contador Rosales: Profesor de Derecho Comercial, Universidad de Chile.

Cristian Palacios Vergara: Ex Superintendente de Quiebras. Asesor de la Superintendencia de Quiebras.

Alejandra Anguita Avaria: Jefa del Departamento Jurídico de la Superintendencia de Quiebras.

"La Reforma Procesal Civil: ¿una reforma realmente necesaria?"

El día martes 21 de agosto a las 18:00 hrs. se realizó el seminario "La Reforma Procesal Civil: ¿una reforma realmente necesaria?"

En la actividad participaron como expositores:

José Pedro Silva Prado: Director del Departamento de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica.

Raúl Tavolari Oliveros: Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Chile y Universidad del Desarrollo.

Pablo Rodríguez Grez: Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

Raúl Montero López: Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Chile y Universidad del Desarrollo.

"El SERNAC Financiero: ¿un paso necesario en la defensa de los consumidores?

El día lunes 2 de abril a las 18:00 hrs. se realizó el seminario "El SERNAC Financiero: ¿un paso necesario en la defensa de los consumidores?".

En la actividad participaron como expositores:

Juan Antonio Peribonio, Director del Servicio Nacional del Consumidor.

Tomás Flores, Subsecretario de Economía.

Alejandro Arriagada, Fiscal del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Eduardo Escalona, Socio Estudio Phillipi, Yrarrázabal, Pulido & Brunner.

"Ley Antidiscriminación: panorama y perspectivas de la discriminación en Chile"

El día jueves 24 de mayo a las 18:00 hrs. se realizó el seminario sobre la Ley Antidiscriminación.

El seminario contó con la participación de destacados expositores, como el Sr. Javier Couso, quien explicó los fundamentos de la Ley Antidiscriminación. Mientras que el profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho UDD, Julio Alvear, expuso acerca de las trampas de la legislación antidiscriminación. Finalizaron la actividad el Sr. Álvaro Ferrer, quien explicó los vicios en el caso Atala vs. Estado de Chile, y el profesor de Derecho Internacional Público de nuestra Universidad, Sr. Raúl Campusano, quien comentó acerca de la sentencia de la CIDH en el caso Atala.

"La Reforma Tributaria: ¿Es realmente necesario introducir ajustes a nuestro esquema impositivo?"

El día jueves 4 de junio a las 18:00 hrs. se realizó el seminario sobre la reforma tributaria.

En la actividad participaron importantes expositores, como el diputado Sr. Ernesto Silva Méndez, quien comentó acerca de la estabilidad del sistema tributario y las demandas sociales. Mientras que el profesor de Derecho Tributario, Sr. Christian Blanche, expuso acerca del esquema tributario chileno.

Finalizaron la actividad el Sr. Miguel Zamora, quien explicó las modificaciones tributarias incluidas en el proyecto del Ejecutivo, y el profesor de Derecho Tributario Sr. Felipe Yáñez, quien dio una visión crítica del proyecto de reforma tributaria.

III. Cursos de Educación Continua

Curso Contratación Pública

Entre el 23 y 11 de mayo se realizó el curso Contratación Pública, el cual tuvo por objeto dar a conocer los principales aspectos jurídicos y aplicación práctica de la regulación de la contratación administrativa en Chile. El curso tuvo una duración de 21 horas y fue impartido por los profesores María Trinidad Inostroza y José Miguel Valdivia.

Curso Instituciones Fundamentales del Derecho del Consumidor

Entre el 14 y 31 de mayo se realizó el curso Instituciones Fundamentales del Derecho del Consumidor, el cual tuvo por objeto dar a conocer los principales aspectos jurídicos y aplicación práctica de la normativa que se refiere al ámbito de la protección de los derechos de los consumidores. El curso tuvo una duración de 21 horas y fue impartido por los profesores Jaime Lorenzini, José Roa y Ambrosio Rodríguez.

Curso Derecho Urbanístico e Inmobiliario

Entre el 4 y 18 de junio se realizó el curso Derecho Urbanístico e Inmobiliario, el cual tuvo 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 tuvo una duración de 21 horas y fue impartido por los profesores Patricio Figueroa, José Manuel Figueroa, Robert Gillmore y Miguel Alzamora.

Curso Inglés Jurídico

Entre el 30 de julio y el 17 de agosto se realizó el curso Inglés Jurídico, el cual tuvo por objeto que los alumnos conozcan la terminología legal aplicable en

distintos ámbitos del quehacer jurídico, además de que reconozcan los principales aspectos del "*Common Law*" y las instituciones fundamentales del inglés jurídico desde una óptica aplicada. El curso tuvo una duración de 24 horas y fue impartido por el profesor Jorge Luis Varela del Solar.

Curso Responsabilidad Penal de la Empresa

Entre el 20 y 27 de agosto se realizó el curso Responsabilidad Penal de la Empresa, el cual tuvo por objeto dar a conocer los principales aspectos jurídicos y aplicación práctica de la normativa que afecta a la empresa, en materia penal. El curso tuvo una duración de 12 horas y fue impartido por los profesores Hugo Rivera, Sergio Huidobro y Hernán Peñafiel.

Curso Gobiernos Corporativos

Entre el 10 de septiembre y el 5 de octubre se realizó el curso Gobiernos Corporativos, el cual tuvo por objeto dar a conocer los principales aspectos jurídicos y las buenas prácticas que constituyen el concepto de "Gobierno Corporativo" en las sociedades, de modo de destacar aquellos procedimientos y normas que conforme a una buena administración proveen mayor valor a las compañías. El curso tuvo una duración de 24 horas y fue impartido por los profesores Armando Massarente y Francisco Pfeffer.

Curso Bases del Derecho Ambiental

Entre el 12 y 28 de noviembre se realizó el curso Bases del Derecho Ambiental, el cual tuvo por objeto dar a conocer los principales aspectos jurídicos y aplicación práctica de la regulación y protección medioambiental a nivel nacional contenidos en la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Además, el curso considera entregar nociones básicas de la regulación indígena relevante en el desarrollo de proyectos de inversión. El curso tuvo una duración de 18 horas y fue impartido por los profesores Felipe Leiva, Camila Boettiger y Sebastián Donoso.

IV. Actividades de la Dirección de Postgrado, 2° Semestre 2012

Durante el segundo semestre del año académico 2012, la Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho UDD continuó impartiendo exitosamente los siguientes programas:

Magíster en Derecho Tributario y Magíster en Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente 2012

A contar del período 2012, se inició la 3ª versión de nuestro exitoso programa de Magíster en Derecho, el cual este año se ofreció bajo dos nuevas salidas, el

Magíster en Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente, y el Magíster en Derecho Tributario.

El MAGÍSTER EN DERECHO de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo es un programa destinado a profundizar conocimientos y desarrollar competencias profesionales del abogado mediante la entrega de una formación académica de excelencia.

Buscamos entregar a los alumnos herramientas de perfeccionamiento a través de la actualización de sus conocimientos en algunas de las principales ramas del Derecho, y profundización de conocimientos en asignaturas de especialización, confiriéndoles instrumentos que faciliten el ejercicio profesional especializado, tanto en asesorías a instituciones públicas y privadas como en defensas o acciones judiciales.

El programa se ha diseñado sobre la base de una estructura cuádruple: en primer lugar un ciclo de cinco cursos comunes a ambos programas y de actualización en las principales ramas del Derecho. En segundo lugar, diez cursos de especialización en Derecho de los Recursos Naturales y Medio Ambiente, o en Derecho Tributario. En tercer lugar, cuatro talleres de desarrollo de habilidades y competencias, y en cuarto lugar, una tesina de aplicación profesional.

Se ha reunido un cuerpo académico de excelencia, entre profesores y conferencistas, reconocidos entre sus pares como parte de la primera línea de la práctica y doctrina nacional en el ámbito jurídico.

El programa se ha iniciado con gran éxito durante el mes de abril de este año, contando con 39 profesionales abogados de las más distintas áreas, tanto del sector público como privado y de universidades públicas y privadas, todos los cuales permiten generar un enrome aporte a cada una de las clases del programa.

Durante el mes de julio, los alumnos comenzarán sus cursos de especialización, los cuales constituyen la columna vertebral del programa, y durante los cuales se les entregarán las herramientas necesarias para especializarse en un alto nivel en sus áreas respectivas.

A la fecha, importante académicos han realizado sus clases, entre los cuales podemos destacar al Ministro del Tribunal Constitucional, Sr. Iván Aróstica Maldonado, al profesor y Director de Postgrado de la Facultad de Derecho UDD, Sr. Raúl Campusano Droguett, a los Doctores en Derecho Sres. Ignacio Covarrubias Cuevas y Julio Alvear Téllez, entre otros.

Durante el segundo semestre se dio inicio a los cursos de especialidad, tanto en las áreas del Derecho Tributario como del Derecho Ambiental, los cuales

constituyen la columna vertebral de nuestro Magíster en Derecho. Durante el 2013, continuaremos con los cursos de especialidad en materia de Planificación Tributaria y Recursos Naturales, respectivamente.

Postítulos de la Dirección de Postgrado, 2° Semestre 2012 - Santiago

A partir del mes de Julio de 2012, la Dirección de Postgrado de la Facultad de Derecho UDD comenzó a impartir los siguientes programas de Postítulo:

Postítulo en Derecho Ambiental, 3ª Versión 2012

El Derecho del Medio Ambiente ha experimentado un significativo y acelerado desarrollo en los últimos años, tanto en el mundo como en nuestro país. Por una parte, desafíos globales como el del cambio climático, la pérdida de diversidad biológica, la contaminación de aguas, aire y suelo, la desertificación y la disminución significativa de recursos naturales han gatillado la proliferación de regulaciones internacionales y nacionales que deben ser cumplidas por gobiernos, empresas y personas.

Por otra parte, el crecimiento económico de Chile, su creciente participación en la comunidad internacional a través del comercio, la política y la cooperación, su ingreso a la OCDE, su nueva institucionalidad ambiental y la progresiva participación de la ciudadanía en la toma de decisiones con efectos en el medio ambiente, configuran un escenario inédito en que se hace cada vez más necesaria la labor de abogados y otros profesionales especialistas en Derecho del Medio Ambiente, que desde la empresa, el gobierno, las organizaciones o el ejercicio liberal aporten con conocimientos, ideas, valores, competencias y habilidades acordes con los desafíos y oportunidades del siglo XXI.

El Postítulo en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo, ya en su tercera versión, entrega las herramientas para que sus alumnos sean actores competentes en los escenarios descritos.

Postítulo en Derecho Tributario, 6ª Versión 2012

Postítulo que ya se ha consagrado dentro de nuestros programas de postgrado y que por sexta vez se impartió este segundo semestre de 2012.

El 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 Postítulo contempla el estudio de las siguientes materias: Tributación de la Empresa; Tributación de los Impuestos Finales; Fondo de Utilidades Tributables FUT y la Reorganización de Empresas; Imposición al Consumo; y Defensa Tributaria.

Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 27 - Enero 2013 Universidad del Desarrollo

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.

Postítulo en Derecho Económico 2012

Programa que se impartió a contar del 31 de julio de 2012, destinado a profundizar los conocimientos y desarrollar las habilidades profesionales de los abogados y otros profesionales que asesoran a la actividad empresarial.

El Postítulo 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.

El programa contempla las siguientes materias de estudio: Taller de Negociación, a cargo del profesor Raúl F. Campusano; Mercados Regulados, a cargo del profesor Rodrigo Castillo; Gobiernos Corporativos y Creacion de Valor, a cargo de los profesor Francisco Pfeffer y Felipe Larraín; el curso de Institucionalidad de Defensa de los Mercados, a cargo de los profesor Francisco Pfeffer e Isabel Díaz; e Inversión Extranjera y Ordenamiento Cambiario, que será impartido por los profesores Joaquín Morales y Rodrigo Polanco.

V. Actividades de Investigaciones

1. Publicaciones académicas

- "Comentario a ´Las cosas cambian cuando les pones un 'tú': sobre universalismo, focalización y regresividad´, de Fernando Atria", *Anuario de Derecho Público 2012* (U. Diego Portales): pp. 49-61. S. Verdugo.
- "Respuesta a las observaciones del profesor Atria", *Anuario de Derecho Público 2012* (U. Diego Portales): pp. 75-81. S. Verdugo.

- "La Universalidad de los Derechos Fundamentales en Entredicho, con Ocasión del Derecho a la Identidad Cultural en los Textos Constitucionales de Bolivia, Ecuador y Venezuela" (Instituto Iberoamericano de Democracia). I. Covarrubias

- "La Revolución Francesa. El Legado de Descristianización y Violación de los Derechos Fundamentales", en *Revisión del Legado Jurídico de la Revolución Francesa en las Américas* (Universidad Bernardo O´Higgins y Embajada de Francia). J. Alvear.

- "El Precedente en el Tribunal Constitucional: ¿Doctrina Judicial o Compromiso con Votos Particulares?", en Tórtora, Hugo (coordinador) *Las Fuentes*

Formales del Derecho Público (Santiago, Editorial Metropolitana), 2012, pp. 397-427. S. Verdugo.

- "El Contrabando de la Ley que Establece Medidas contra la Discriminación". *La Semana Jurídica*. I. Covarrubias.

- "Sociedades de inversión pasiva y patentes municipales: Relaciones peligrosas". *El Mercurio Legal*. J. Alvear.

- "De cómo se vulnera legalmente la libertad de empresa sin que pase nada". *El Mercurio Legal*. J. Alvear.

- "La deferencia, el TC y el legislador. Una respuesta al profesor Patricio Zapata". *Diario Constitucional*. S. Verdugo.

- "Politización del Instituto Nacional de DD.HH.". *La Segunda*. S. Verdugo (con J. F. García).

- "Regulemos la Protesta". *El Vaso*. S. Verdugo.

- "El Eslogan de la Protesta Social". *El Dínamo*. S. Verdugo.

- "Normas "circunstanciales", en *Actualidad Jurídica* UDD, Año XIII, N° 25 pp. 217-235. Nicolás Enteiche.

- "Los proyectos de reforma constitucional en materia de educación: Análisis de una incógnita", en *Actualidad Jurídica* UDD, Año XIII, N° 25: pp. 29-80. Julio Alvear.

- "Comentario a los proyectos de reforma constitucional que inciden en el derecho a la libertad de enseñanza", en *Actualidad Jurídica* UDD, Año XIII, N° 25: pp. 13-28. Ignacio Covarrubias.

- "Del Catastro Público de Aguas: A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional", en *Actualidad Jurídica* UDD, Año XIII, N° 25: pp. 557-570. Camila Boettiger.

- "Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos" (con GARCÍA, José Francisco) en *Actualidad Jurídica* UDD, Año XIII, N° 25 pp. 175-216. Sergio Verdugo.

- "Problemas del Plebiscito como Instrumento Democrático y como Decisor de Políticas Públicas", en *Actualidad Jurídica* UDD, Año XIII, N° 25 pp. 257-282. Sergio Verdugo.

- "Aportes del Modelo de Disidencias Judiciales al Sistema Político", *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), vol.18/, N° 2, pp. 217-272. Sergio Verdugo.

2. Columnas electrónicas e impresas

- "La hora del equívoco: distribución de energía eléctrica y concesiones". *El Mercurio Legal.* J. Alvear.

- "El Contrabando de la Ley que Establece Medidas contra la Discriminación". *La Semana Jurídica.* I. Covarrubias.

- "Sociedades de inversión pasiva y patentes municipales: Relaciones peligrosas". *El Mercurio Legal.* J. Alvear.

- "De cómo se vulnera legalmente la libertad de empresa sin que pase nada". *El Mercurio Legal.* J. Alvear.

- "La deferencia, el TC y el legislador. Una respuesta al profesor Patricio Zapata". *Diario Constitucional.* S. Verdugo.

- "Politización del Instituto Nacional de DD.HH.". *La Segunda.* S. Verdugo (con J. F. García).

- "Regulemos la Protesta". *El Vaso.* S. Verdugo.

- "El Eslogan de la Protesta Social". *El Dínamo.* S. Verdugo.

- "La Corte Interamericana: Legitimidad en Entredicho". *El Mercurio.* I. Covarrubias, J. Alvear y S. Verdugo.

- "El Mercado de los Medicamentos en Chile: Problemas y Perspectivas". *El Mercurio Legal.* Julio Alvear.

- "El Invierno de la Democracia". *Diario Constitucional.* Julio Alvear.

- "La obligatoriedad de las sentencias del TC en entredicho". *El Mercurio Legal.* Ignacio Covarrubias.

- "El anatocismo: elementos para un debate". *El Mercurio Legal.* Julio Alvear.

- "¿Fin del lucro o fin de la sensatez?". *El Mercurio Legal.* Julio Alvear.

- "Los adversarios de la libre competencia". *El Mercurio Legal.* Julio Alvear.

- "El Informe del Instituto Nacional de DD.HH.". *El Mercurio.* Ignacio Covarrubias, Julio Alvear y Sergio Verdugo.

- "El nuevo "round" entre el TC y los Tribunales Superiores: Dificultad ineludible del modelo de cohabitación kelseniano". *Diario Constitucional.* Sergio Verdugo.

3. Recensiones

- "La resistencia de las Constituciones Nacionales", *Actualidad Jurídica.* UDD, Año XIII, N° 25: pp. 663-671. Sergio Verdugo.

4. Cartas al director

- "La Corte Interamericana: Legitimidad en Entredicho". *El Mercurio.*. I. Covarrubias, J. Alvear y S. Verdugo.

- "El Mercado de los Medicamentos en Chile: Problemas y Perspectivas". *El Mercurio Legal.* Julio Alvear.

- "El Invierno de la Democracia". *Diario Constitucional.* Julio Alvear.

- "Instituto Nacional de DD.HH.". *El Mercurio.* Ignacio Covarrubias, Julio Alvear y Sergio Verdugo.

- "Leyes Orgánicas y Democracia". *El Mercurio.* Sergio Verdugo.

5. Reuniones de Departamento de Derecho Público

- "Propiedad y el Convenio 169 de la OIT". Invitado: profesor Manuel Núñez.

- "La Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador". Invitado: Cristián Román.

- "Los Enigmas Constitucionales". Invitado: Mario Fernández B.

- "El Conflicto Perú-Chile". Invitados: Alberto Van Klaveren y María Teresa Infante.

6. FONDECYT

- Proyecto ganador de Fondo Nacional de Investigación Científica y Tecnología del Estado de Chile (Fondecyt). I. Covarrubias.

- Proyecto ganador de Fondo Nacional de Investigación Científica y Tecnología del Estado de Chile (Fondecyt). J. Alvear.

7. Ponencias en Congresos y Seminarios

- "Tendencias Actuales en la Enseñanza e Investigación del Derecho Ambiental y de Recursos Naturales", seminario del Programa de Derecho y Política Ambiental de la Facultad de Derecho de la U. Diego Portales. C. Boettiger.

- "El Debate sobre las Leyes Orgánicas Constitucionales", en Coloquio de Reformas Políticas, Universidad Austral (Valdivia). S. Verdugo.

- "Caudal Ecológico. Regulación, Críticas y Desafíos", ponencia en Jornadas de Derechos de Agua, PUC. C. Boettiger.

- "El Debate Legislativo sobre el Aborto", foro de discusión organizado por el Observatorio de Bioética de la UDD. S. Verdugo.

- Participación en *workshop* sobre "Impacto de la Reforma Legal en Latinoamérica", Universidad de California, Berkeley. S. Verdugo.

- "Mercado, Justicia y Derechos", ponencia en Congreso de Derechos Humanos, Universidad de Chile. S. Verdugo.

- "Justiciabilidad de los Derechos Sociales", ponencia en Encuentros Regionales de Derecho Constitucional, Universidad Andrés Bello, Viña del Mar. S. Verdugo.

- "El Contrabando de la Ley que Establece Medidas contra la Discriminación". *La Semana Jurídica*. I. Covarrubias.

- "Sociedades de inversión pasiva y patentes municipales: Relaciones peligrosas". *El Mercurio Legal*. J. Alvear.

- "De cómo se vulnera legalmente la libertad de empresa sin que pase nada". *El Mercurio Legal*. J. Alvear.

- "La deferencia, el TC y el legislador. Una respuesta al profesor Patricio Zapata". *Diario Constitucional*. S. Verdugo.

- "Politización del Instituto Nacional de DD.HH.". *La Segunda*. S. Verdugo (con J. F. García).

- "Regulemos la Protesta". *El Vaso*. S. Verdugo.
- "El Eslogan de la Protesta Social". *El Dínamo*. S. Verdugo.

- "La no discriminación como talismán del progresismo jurídico: las trampas de la legislación antidiscriminación". Seminario sobre "Ley Antidiscriminación", en *Derecho UDD*. Julio Alvear.

- "El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Enfrentado a sí Mismo". Ponencia en el Congreso Anual de la *Latinamerican Studies Association*, San Francisco, EE.UU. Ignacio Covarrubias.

- "Envilecimiento del Bien Común". Cuartas Jornadas Europeas de Derecho Natural, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, España. Julio Alvear.

- "Del Aborto al Infanticidio". Seminario sobre Aborto, Universidad Diego Portales. Sergio Verdugo.

8. Ciclo de Cine y Derecho

- "13 Días", comentada por el profesor Raúl Campusano. Coorganizada por S. Verdugo.

- "Doce Hombres en Pugna". R. Campusano y S. Verdugo.

9. Otros

- Postulación a concurso interno de investigación. *Dirección de Investigación UDD*. N. Enteiche.

- Coordinación del proceso editorial de la Revista de Derecho Público Iberoamericano (UDD). J. Alvear.

- Entrevista sobre "Sociedades de Inversión Pasiva", en el cuerpo C de *El Mercurio* (3 de septiembre). J. Alvear.

- Examen de candidatura doctoral (aprobado) y obtención de grado de Magíster en Ciencias Jurídicas (PUC). C. Boettiger.

- "Origen Político de Jueces de la Corte Interamericana". Reportaje *El Mercurio* (D2). Sergio Verdugo (y José Francisco García).

- Participación en el Comité técnico de las Comisiones Unidas de Medio Ambiente y Agricultura del Senado para asesoría del proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. Camila Boettiger.

- Clases Magíster en Derecho UDD. I. Covarrubias, J. Alvear, N. Enteiche y S. Verdugo.

VI. Inauguración de la Clínica Jurídica en Renca

El 14 de junio se inauguró el edificio que alberga las nuevas instalaciones de la Clínica Jurídica en un acto oficial que presidió el ex Ministro de Justicia, Teodoro Ribera Neumann, la Presidenta del Colegio de Abogados, Olga Feliú Segovia, y el Director de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, Claudio Valdivia Rivas, acompañadas por autoridades universitarias encabezas por el rector de la Universidad del Desarrollo don Federico Valdés Lafontaine, el Decano de la Facultad de Derecho, don Pablo Rodríguez Grez, y la Vicedecana de la Facultad de Derecho, doña Cecily Halpern Montecino, entre otros representantes de las Fuerzas Armadas, autoridades municipales, vecinales y académicos de Derecho.

El ex Ministro de Justicia, Teodoro Ribera expresó en la oportunidad "la importancia que tiene el emplazamiento del edificio en una población que requiere de mucha ayuda". Por su parte, el rector de la UDD, Federico Valdés, afirmó que "en el trabajo que se realiza en la Clínica Jurídica quedan de manifiesto los valores que inspiran nuestro quehacer universitario, fomentando la responsabilidad pública y el actuar ético de los futuros profesionales". Cerró la ceremonia el Decano de la Facultad, Pablo Rodríguez, quien señaló que "el abogado formado desde un punto de vista teórico y práctico tiene que mancomunarse con el sentido social. Esto se refleja en que nos vengamos a esta comuna, una de la más pobres de Chile, para prestar nuestra modesta colaboración y aumentar el nivel de bienestar y seguridad jurídica".

El nuevo recinto está situado en calle Balmaceda 4317 y atenderá de lunes a viernes entre las 8.00 y 14.00 horas. En dicho lugar, los alumnos –dirigidos por tres profesores titulares, además de tres abogados– participarán en la asesoría jurídica de quienes requieran del patrocinio de la Clínica.

VII. Revista Derecho Público Iberoamericano.

En el nuevo Edificio de Postgrado de la Universidad del Desarrollo, sede RESB, la Facultad de Derecho, sede Santiago, presentó la nueva Revista Derecho Público Iberoamericano, publicación del Centro de Justicia Constitucional, que busca cumplir en su área con los más altos estándares de acreditación científica.

Las primeras palabras estuvieron a cargo del decano de la Facultad, Pablo Rodríguez Grez, quien expresó que la edición es un instrumento para transmitir las reflexiones y el pensamiento de investigadores y profesores. Posteriormente, el abogado y ex embajador de Chile en Estados Unidos, Arturo Fermandois Vöhringer, señaló en su comentario que esta revista tiene la profundidad y el

rigor para estar indexada en las publicaciones internacionales. Finalmente, el director de la revista, Julio Alvear Téllez, agradeció al equipo que apoyó la realización de este proyecto, en especial a los miembros del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho, a los autores de los artículos y editor de la publicación, Hugo Fábrega Vega, entre otros colaboradores.

En torno a su misión, la publicación se propone analizar el derecho público contemporáneo y busca vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo la integración de los estudios hispanoamericanos.

VIII. Observatorio de Bioética y Derecho.

En un esfuerzo en conjunto, las Facultades de Derecho y de Medicina de la Universidad del Desarrollo, a través de los profesores del Centro de Justicia Constitucional y del Centro de Bioética, respectivamente, decidieron crear el "Observatorio de Bioética y Derecho", que tiene por misión contribuir al debate nacional e internacional de las disciplinas que en conjunto abarquen las perspectivas contemporáneas sobre la materia.

En vista de lo anterior, el 14 de agosto pasado, se llevó a cabo el primer Foro de Bioética y Derecho. Sergio Verdugo Ramírez, profesor de Derecho Constitucional participó en el encuentro con el tema: "El debate legislativo sobre el aborto".

Asimismo, un debate intenso en el ámbito jurídico, de la salud y desde la perspectiva de la industria farmacéutica se vivió durante el seminario anual "Ética de la Investigación sobre Medicamentos y Acceso a los Medicamentos", actividad que contó con una numerosa concurrencia entre estudiantes universitarios, abogados y médicos de Santiago y regiones, que se desarrolló el pasado 28 de noviembre, en el Aula Magna de la Clínica Alemana.

El seminario se hizo teniendo como pilares la Ley 20.584 de Derechos y Deberes de los Pacientes, que entró en vigencia en octubre último, y la Ley 20.120, sobre la Investigación Científica en Seres Humanos.

El Decano de la Facultad de Medicina CAS UDD, doctor Pablo Vial, planteó que la expectativa del mundo científico-médico es que dichos cuerpos legales "resulten en la facilitación de la investigación y la generación de conocimiento".

Por su parte, el Decano de la Facultad de Derecho UDD, abogado Pablo Rodríguez, señaló que en materias bioéticas el principal desafío es "que las ciencias sociales no se aparten de las ciencias naturales" para que exista una armonía entre "el trabajo científico y la moral y la ética humana".

Durante el seminario, que se desarrolló en tres paneles (ética de la investigación sobre medicamentos de uso humano, ética de la investigación sobre medicamentos y acceso a los medicamentos, y responsabilidades en la investigación y el acceso a los medicamentos) contó con las intervenciones de los profesores Alberto Lecaros U., coordinador del Observatorio de Bioética & Derecho, Julio Alvear T. y José Miguel Díaz de Valdés J., del Centro de Justicia Constitucional de la Fac. de Derecho UDD., y de los doctores Juan Pablo Beca y Jaime Borrows, de la Facultad de Medicina UDD, entre otros importantes expositores del Ministerio de Salud, del mundo académico, médico y farmacéutico del país.

Cabe hacer presente que la actividad en conjunto de las facultades a través del Observatorio de Bioética y Derecho contempla la participación de profesores de la Facultad de Derecho en el Magíster en Bioética de la Facultad de Medicina UDD CAS que a contar del año 2013 impartirá un nuevo ciclo académico.

Actividades de la Facultad de Derecho Sede Concepción

Segundo Semestre 2012

Soledad Arcas Acevedo
Coordinadora de Titulación y Minor
Abogado
Universidad del Desarrollo

I. Actividades de Admisión

Talleres Vocacionales

Cerca de 190 alumnos de distintos establecimientos educacionales participaron los días 10 y 17 de agosto de los talleres vocacionales que organizó la Facultad de Derecho, bajo el marco del proceso de admisión 2013.

La actividad, denominada "Campo Laboral del Abogado", estuvo a cargo de los docentes de nuestra Facultad y abogados UDD: Javier Molina Gómez, quien expuso frente a los alumnos de colegios de nuestra Región, y Jordi Fosalba Henry, quien lo hizo para los alumnos de los colegios de Concepción.

Los talleres tuvieron por objeto dar a conocer a los estudiantes las diferentes posibilidades y alternativas que actualmente existen para ejercer la profesión de abogado, describiendo lo esencial de cada una de ellas. Entre las opciones abordadas destacan la figura del abogado litigante, los fiscales y defensores penales, la carrera judicial y la docencia e investigación jurídica.

Taller de Argumentación

La actividad estuvo a cargo del profesor Eduardo Andrades Rivas y tuvo por objeto introducir a los alumnos de enseñanza media interesados en ingresar a la carrera, en la importancia de la argumentación en la profesión jurídica y proporcionarles conocimientos básicos sobre los fundamentos de la argumentación, sus etapas, facetas, elementos, clasificaciones y ejercicios prácticos de debate.

Pasantías

Durante el segundo semestre alumnos de tercero y cuarto medio asistieron a clases de la carrera de Derecho con el objeto de que compartieran con alumnos

y docentes de la Facultad y pudieran aclarar dudas en relación a su vocación. Dichas pasantías se realizaron en los cursos de Derecho Romano, Derecho Político y Evolución de las Instituciones Jurídicas.

Simulación de Juicio Oral en Feria UDD

En el marco de la novena versión de la denominada Feria UDD, un grupo de alumnos de quinto año, que cursan la asignatura de Destrezas en Litigación Oral, a cargo de los profesores Patricio Gómez Eriz y Eduardo Carrasco Buvinic, simularon una audiencia de juicio oral de un delito de manejo en estado de ebriedad.

La simulación permitió que los alumnos ensayaran y mostraran las destrezas aprendidas durante el segundo semestre. La actividad contempló la realización de alegatos de apertura, examen y contraexamen de testigos y peritos, exhibición de documentos y evidencias, además de alegatos de clausura, tanto en roles de Fiscales, como de Defensores. Finalizado el juicio, el público asistente, compuesto por alumnos de establecimientos educacionales de la región, manifestó su opinión dando forma al veredicto, que en este caso fue absolutorio.

II. Actividades de la Facultad

Visitas

Contribuyendo con la formación práctica de los alumnos de Derecho Procesal I y II, se realizaron visitas a la Corte de Apelaciones de Concepción, junto a los docentes de la Facultad Juan Carlos Tapia Elorza, Marcelo Rodríguez Belmar, Hugo Tapia Elorza y Oscar Fuentes Jiménez. Estas visitas se llevaron a cabo entre el 27 y el 29 de agosto, en el marco de la semana del Foro y la Magistratura. Asimismo, el curso de Derecho Comercial I, dictado por el profesor y Decano de la Facultad Gonzalo Rioseco Martínez, realizó una visita guiada al Conservador de Bienes Raíces de Concepción. Los alumnos fueron recibidos por el Conservador Titular Sr. Jorge Condeza Vaccaro y el Suplente Sr. Juan Carlos Condeza N., quienes explicaron a los estudiantes el funcionamiento de cada uno de los libros y registros que lleva el Conservador de Bienes Raíces.

Por su parte, los alumnos de los cursos de Destrezas en Litigación Oral, a cargo de los profesores Patricio Gómez Eriz y Eduardo Carrasco Buvinic, asistieron a audiencias orales tanto al Juzgado de Garantía, como al Tribunal Oral en lo Penal de Concepción. De esta forma, los estudiantes de quinto año de la carrera pudieron presenciar audiencias de juicio oral, control de la detención, formalización, suspensión condicional y solicitud de medidas cautelares.

X Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Entre los días 9 y 11 de agosto se llevaron a cabo las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas este año por la Pontificia Universidad Católica de Chile en Santa Cruz.

Como cada año, docentes de nuestra Facultad formaron parte del cuerpo de académicos que participaron como ponentes, entre ellos el Sr. Ramón Domínguez Águila, Sr. Bruno Caprile Biermann, Sr. Andrés Kuncar Oneto y Sr. Cristian Larraín Páez. Además, alrededor de 15 alumnos de distintas promociones y egresados de Derecho asistieron con gran entusiasmo al evento.

El profesor Ramón Domínguez expuso sobre "La mora en las obligaciones ilíquidas" por su parte, el profesor Bruno Caprile presentó la ponencia "El autocontrato y, especialmente, la eficacia del mandato conferido por los clientes a las instituciones crediticias para suscribir pagarés a su favor". El profesor Andrés Kuncar abordó el tema "Otra vez fraude a los acreedores" y por último Cristian Larraín se refirió a la "Jurisprudencia reciente en materia de responsabilidad civil por uso no autorizado de derecho a la imagen. En particular sobre el daño".

Docentes de la Facultad de Derecho recibieron distinción como profesores de excelencia

Dos docentes de nuestra Facultad recibieron un reconocimiento como profesores de excelencia del período académico 2011. Estos son: Jean Pierre Latsague Ligthwood, como profesor de excelencia de la carrera de Derecho, quien además es egresado de nuestra Facultad, y Eduardo Andrades Rivas, como profesor de excelencia de la carrera de Ciencias Políticas.

Este reconocimiento premia a aquellos profesores que han destacado por su trabajo, compromiso y dedicación en su actividad docente y que además representan fielmente el espíritu de nuestra Universidad y el amor al trabajo bien hecho.

La premiación se llevó a cabo durante la ceremonia de la Cuenta Anual 2011 del Rector de la Universidad del Desarrollo, realizada el martes 25 de septiembre en el Hotel Sonesta.

Decano de la Facultad se reunió con alumnos de primer año

La Facultad de Derecho realizó, al igual que en años anteriores, un encuentro entre el Decano, Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, y los alumnos que cursan su primer año de Derecho, el que tuvo lugar los días 25 y 28 de septiembre.

En la actividad, que se enmarca dentro del enfoque personalizado de la enseñanza del Derecho y de la cercanía de los profesores y autoridades con los alumnos, el Decano de nuestra Facultad compartió con los alumnos sus experiencias como estudiante, luego como abogado y les transmitió algunas vivencias propias de la vida universitaria y profesional.

Huella UDD

Entre el 14 y el 20 de julio, Claudia Muñoz Mella, Andrés Ogalde Muñoz y Matías Osses Muñoz, todos alumnos de la carrera de Derecho, participaron en la primera versión de invierno de estas misiones, organizadas por la Pastoral de Asuntos Estudiantiles de la UDD.

El proyecto, que se llevó a cabo en las zonas de Quilacoya y Unihue, dependientes del municipio de Hualqui, tuvo como fin llevar compañía, alegría y la palabra de Cristo a familias de sectores rurales de nuestra región, desarrollando además talleres para la comunidad y obras de embellecimiento de instalaciones parroquiales o espacios destinados a la comunidad.

Alumna de la Facultad viajó a China en el marco del programa Embajadores del Futuro

Evelyn Sanhueza Muñoz, alumna de 3er año de Derecho, participó junto a más de 50 estudiantes de distintas carreras de nuestra casa de estudios de la 14ª versión del programa "Embajadores del Futuro", organizada por la Subdirección de Asuntos Estudiantiles.

Entre el 14 y el 28 de julio los estudiantes visitaron las ciudades de Beijing, Shanghai y Suzhou y conocieron lugares emblemáticos como la Ciudad Prohibida, la Plaza de Tiananmen y la Gran Muralla China. Además asistieron a charlas en la Academia China de Ciencias Sociales, con el objeto de interiorizarse sobre temas como la historia china, su literatura, el arte, educación y la economía, entre otros.

Alumnos de Derecho participaron en Trabajo País 2012

Entre el 14 y 29 de julio tuvo lugar en cinco zonas de la Región del Bío-Bío la séptima versión del proyecto solidario Trabajo País. En esta oportunidad las actividades se enfocaron en Villa El Esfuerzo, Las Salinas, Fuerte Viejo, Menque y El Morro, bajo el lema: "Construyendo con Cristo, ¡Hagamos de Chile una tierra de encuentro!". Representando a nuestra Facultad estuvieron presentes los alumnos Gonzalo Pastene y María Jesús Rebolledo, de tercer año, y Karina Jeldres, alumna de cuarto año de Derecho, quien además tuvo el desafío de ser Jefe de Escuela en este gran proyecto solidario de alcance nacional.

Egresado de nuestra Facultad dictó charlas sobre Responsabilidad Penal Juvenil

Bajo el marco de una iniciativa de la Facultad de Educación y Humanidades y su Programa de Formación Pedagógica se llevaron a cabo dos charlas sobre Responsabilidad Penal Juvenil, las que estuvieron a cargo del egresado de la Facultad de Derecho Sergio Caro Flores. El primer encuentro tuvo lugar el 24 de agosto y estuvo dirigido a profesores del Liceo Bicentenario de Coronel, mientras que la segunda charla se realizó el martes 4 de septiembre para estudiantes de primero medio del mismo establecimiento, los que mostraron gran interés por el tema tratado.

Olimpiadas Regionales de Derecho 2012

Entre el 6 y el 8 de septiembre alumnos de nuestra Facultad compitieron en las distintas disciplinas deportivas desarrolladas en el marco de la quinta versión de las Olimpiadas Regionales de Derecho, organizadas en esta oportunidad por los Centros de Alumnos de la Universidad del Desarrollo y la Universidad Andrés Bello.

Semana de la Facultad de Derecho

Diversas actividades deportivas, actividades solidarias en el hogar "Bernardita Serrano" y una charla del destacado profesor Gabriel Rioseco Enríquez, denominada "Vida, desarrollo y desenvolvimiento de un abogado", fueron algunas de las iniciativas organizadas por el Centro de Alumnos de la carrera, con motivo de la celebración de la Semana de la Facultad, la que tuvo lugar entre el 2 y el 12 de octubre.

La tradicional semana culminó con una fiesta de gala en el Centro de Eventos Los Castaños, en la cual nuestros alumnos pudieron compartir con algunas autoridades y profesores de la carrera.

Seminario en Cajón del Maipo

Andrea Sepúlveda Gutiérrez, Claudio Crovetto Wilckens y Matías Osses Muñoz, todos alumnos de la carrera de Derecho, vivieron una experiencia inolvidable en el Seminario del Cajón del Maipo, actividad que se realiza cada año y que en esta oportunidad se desarrolló los días 11 y 12 de octubre.

El encuentro, en el que participan alumnos de diversas carreras de la UDD Concepción y Santiago, abordó conceptos como el compromiso, el compañerismo y la camaradería, en medio de un entorno privilegiado por las bondades de la naturaleza, entre los cerros de la zona cordillerana próxima a Santiago. Además,

los estudiantes recibieron la visita del rector de la Universidad, Federico Valdés Lafontaine, quien en base a su experiencia los animó a luchar siempre por lo que los apasiona y a seguir sus ideales.

Nuevo Centro de Alumnos de Derecho

Nuestra Facultad ya tiene nuevo Centro de Alumnos. El 24 y 25 de octubre se desarrolló la votación que permitió que la lista encabezada por Matías Osses Muñoz validara su candidatura y lograra los sufragios necesarios para estar al frente del alumnado de la carrera durante el período 2013.

La directiva, que además tiene a Mario Sabag como vicepresidente; Fernanda Rivera, secretario; Martín Briceño, tesorero; Gerald Esquerré, coordinador general; Karina Jeldres, vocalía comunitaria; Rodrigo Campos, vocalía académica, y Florencia Galilea, vocalía novatos, logrará gracias al respaldo de sus compañeros implementar el programa con que lograron el respaldo para asumir este desafío.

La Dirección de Asuntos Estudiantiles (DAE) de la UDD fue la encargada de declarar ganadora a la única lista que participó de las elecciones de la carrera de Derecho.

III. Actividades de Extensión y Educación Continua

Seminario "Protección a la vida privada, Ley 20.575 de Datos Personales, Aspectos Constitucionales"

La Facultad de Derecho dictó el martes 29 de mayo un interesante seminario denominado *Protección a la vida privada, Ley 20.575 de Datos Personales, Aspectos Constitucionales,* dirigido a todo público. Esta exposición estuvo a cargo del destacado profesor Eduardo Andrades Rivas, académico de Derecho Constitucional de nuestra Facultad.

El expositor hizo un análisis del concepto de vida privada y sus difíciles precisiones, de la libertad de acceso a la información, su consagración constitucional y distintas leyes que regulan esta materia, tales como la ley de protección a la vida privada y los datos personales, la ley de tratamiento de datos personales, analizando la jurisprudencia tanto nacional como extranjera, haciendo una especial mención a la Ley de transparencia, que ha logrado conjugar el respeto a la vida privada con libertad de acceso a la información. Por último se refirió a las virtudes y carencias de la nueva legislación, los problemas, críticas que se pueden presentar y criterios para responderlos.

Seminario "Igualdad y No Discriminación en Chile: Una mirada desde el Derecho Internacional"

El martes 1 de junio, en el auditorio principal de nuestra casa de estudios, se realizó el Seminario "Igualdad y No Discriminación en Chile: Una mirada desde el Derecho Internacional", actividad organizada por la Facultad de Derecho dentro de sus Programas de Extensión, que contó con la presencia de abogados, docentes y estudiantes de derecho de distintas Facultades, estudiantes de ciencias políticas y profesores de la Facultad de Gobierno de nuestra Universidad.

En la ocasión expuso el Dr. Claudio Nash Rojas, Director del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y Director del Programa "Democracia y Derechos Humanos" del mismo Centro, quien hizo un análisis de la situación actual de Chile en materia de discriminación, en atención a los estándares internacionales.

Seminario: "Actualización en Sistema de Justicia Penal Juvenil"

La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil en la ejecución de sanciones y la construcción social del delito y el abordaje psicosocial en la aplicación de sanciones fueron los temas que se abordaron en el seminario denominado "Actualización en Sistema de Justicia Penal Juvenil", organizado por nuestra Facultad el martes 12 de junio.

La actividad tuvo por objeto proporcionar herramientas jurídico-sociales para el tratamiento, manejo y aplicación de sanciones a los adolescentes en conflicto con la justicia penal, y estuvo a cargo del docente de nuestra Facultad Sr. Jaime Pacheco Quezada, abogado asesor de la Unidad de Estudios de la Defensoría Penal Pública; y Fabiola Díaz Rabanal, asistente social de la Unidad de Defensa Penal Juvenil de la Defensoría Penal Pública.

Seminario "Alternativas de Organización Jurídica y Tributaria de los Profesionales de la Salud"

Con gran éxito y una alta convocatoria, el jueves 21 de junio se llevó a cabo el Seminario titulado "Alternativas de Organización Jurídica y Tributaria de los Profesionales de la Salud".

En esta ocasión expuso el Sr. Christian Blanche Reyes, abogado, miembro de la Comisión Tributaria del Colegio de Abogados de Chile AG., director de IFA Chile AG (International Fiscal Association) y profesor de Derecho Tributario de la Universidad Católica de Chile.

La actividad tuvo por objeto entregar a abogados, contadores, médicos, dentistas y otros profesionales del área de la salud, las competencias y herramientas legales necesarias para comprender los efectos jurídicos y tributarios de las distintas formas de organización jurídica que pueden adoptar para la prestación de sus servicios y la administración de sus patrimonios familiares. Además, se hizo especial referencia a las modificaciones del Proyecto de Ley sobre Reforma Tributaria, que se está tramitando actualmente en el Congreso Nacional, respecto de las materias tratadas en la exposición.

Seminario "Estrategias Jurídico-Tributarias para las Familias Empresarias"

Con el fin de entregar una visión general de los principales problemas que presentan las familias empresarias y los modelos de organización jurídica que permiten su continuidad más allá de la existencia del fundador, se desarrolló el jueves 9 de agosto en el auditorio principal de nuestra casa de estudios el seminario llamado "Estrategias Jurídico-Tributarias para las Familias Empresarias". El expositor fue el abogado Sr. Christian Blanche Reyes, quien destacó las estrategias de traspaso patrimonial a las nuevas generaciones y sus resguardos tributarios.

Seminario sobre "Compensación Económica por Divorcio"

El lunes 20 de agosto, la Facultad de Derecho realizó, dentro de sus programas de Formación Continua, un seminario denominado "Compensación Económica por Divorcio: Fundamento, Cuantificación y Forma de Pago", a cargo del Dr. Álvaro Vidal Olivares, abogado de la Universidad Católica de Valparaíso, doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

El objetivo de ese seminario fue que los asistentes comprendieran la compensación económica en el marco del nuevo derecho matrimonial, su fundamento y su recepción en el régimen legal. Además se analizó la calificación jurídica y sus alcances, la noción de menoscabo económico y por último, la forma de cuantificación de la compensación económica y el régimen de forma de pago de la misma.

Seminario "¿Crisis económica o crisis política? Cómo la crisis financiera en España ha afectado los derechos de las personas"

El jueves 30 de agosto se llevó a cabo el Seminario denominado "¿Crisis económica o crisis política? Cómo la crisis financiera en España ha afectado los derechos de las personas", que tuvo por objeto analizar las causas de la crisis, sus efectos y si ésta ha afectado o no los derechos sociales y las igualdades constitucionales de los ciudadanos españoles.

En la actividad organizada por la Facultad de Derecho expuso el Sr. José Díaz Nieva, quien es Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, Profesor Titular de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Comunicación de la Universidad de San Pablo (CEU) de Madrid, España.

Seminario "Enfoque teórico-práctico del acto administrativo y del contrato administrativo"

Los días 10 y 11 de octubre se llevó a cabo un seminario denominado "Enfoque teórico-práctico del acto administrativo y del contrato administrativo", que tuvo por objeto actualizar los conocimientos de los asistentes a través de una revisión de los aspectos más relevantes de la teoría del acto y del contrato administrativo, en su dimensión teórica y aplicativa, con una visión dual tanto pública como privada.

En la oportunidad los abogados y docentes de nuestra Facultad Álvaro Sepúlveda Sanhueza y Günther Momberg Rivas expusieron distintos aspectos sobre la teoría del acto administrativo en la doctrina y la jurisprudencia, así como también sobre la contratación administrativa. Entre los temas que abordaron se destacan los siguientes: concepto, elementos, características, efectos, revisión e impugnación de los actos administrativos, los principios generales y el marco normativo de la contratación pública y análisis de casos jurisprudenciales.

Seminarios Internacionales

En su constante preocupación por mantener actualizados los conocimientos de contingencia en sus alumnos y público en general, la Facultad de Derecho organizó una serie de seminarios, los que contaron con la presencia de distinguidos profesores, así como también del profesor galo Etienne Vergès.

De esta forma, el martes 23 de octubre se realizó el seminario "Daños causados por avances científicos y técnicos y, en particular, por las relaciones de vecindad". En la oportunidad se analizó cómo estos avances han repercutido siempre en el Derecho y, en particular, en la responsabilidad civil. Los expositores fueron Carlos Pizarro Wilson, doctor en Derecho de la Universidad de París II; Ramón Domínguez Águila, doctor en Derecho de la Universidad de Toulouse, Francia, y el doctor en Derecho Etienne Vergès, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Grenoble, Francia.

El miércoles 24 de octubre, en tanto, se efectuó la charla denominada "El impacto del riesgo derivado de avances científicos y técnicos en el Derecho de la Responsabilidad Civil", a cargo de Renzo Munita, doctorando en Derecho Privado por la Escuela Doctoral de Ciencias Jurídicas de Grenoble, Francia.

Finalmente, el jueves 25 de octubre se llevó a cabo el seminario "La reforma al Código de Procedimiento Civil y, en especial, las modificaciones en materia de prueba". Esto, en el marco de la presentación que hiciera el Ejecutivo al Congreso Nacional del proyecto de reforma al Código de Procedimiento Civil. En la ocasión, expusieron Etienne Vergès, doctor en Derecho, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Grenoble; Gonzalo Cortez Matcovich, doctor en Derecho de la Universidad de Valencia, España; y Ramón Domínguez Águila, de la Universidad de Toulouse, Francia.

Ciclo de Charlas sobre temas jurídicos de interés para la comunidad

Profesores de la Facultad de Derecho participaron como panelistas en el Matinal Nuestra Casa del Canal 9 Regional.

Martes 9 de octubre 2012
Tema: La herencia
Expositor: Profesor Cristian Fernández Lama

Martes 16 de octubre 2012
Tema: Protección a la maternidad
Expositora: Laura Silva Uribe

Martes 23 de octubre 2012
Tema: Cumplimiento alternativo de condenas.
Expositor: Javier Molina Gómez.

Martes 30 de octubre 2012
Tema: Regímenes matrimoniales
Expositor: Profesor Cristian Fernández Lama

Columnas de Opinión

Nuestros docentes analizaron diversos temas académicos y de contingencia:

- "Reforma Procesal Civil". Diario El Sur (6 junio 2012). Eduardo Carrasco Buvinic.

- "Sobre el perfil de los jueces". Diario El Sur (16 junio 2012). Hugo Tapia Elorza

- "Tribunales Tributarios y Aduaneros: La evaluación del Ministerio de Justicia". Diario El Sur (28 junio 2012). Jean Pierre Latsague Lightwood.

- "Río+20: El futuro que queremos". Diario El Sur (13 julio 2012). Marcelo Sandoval Zambrano.

- "Ley Antidiscriminación: Un avance discreto". Diario El Sur (20 agosto 2012). Tania Busch Venthur.

- "Constitución histórica". Diario de Concepción (11 septiembre 2012). Eduardo Andrades Rivas.

- "La esperanza de Occidente". Diario de Concepción (19 septiembre 2012). Eduardo Andrades Rivas.

- "Delirios legislativos". Diario de Concepción (26 septiembre 2012). Eduardo Andrades Rivas.

- "Ya va siendo hora". Diario de Concepción (4 octubre 2012). Eduardo Andrades Rivas.

- "¿Privilegios en la Corte?". Diario de Concepción (10 octubre 2012). Eduardo Andrades Rivas.

- "Esclavitudes del Siglo XXI". Diario de Concepción (17 octubre 2012). Eduardo Andrades Rivas.

- "De reformas o rectificaciones". Diario de Concepción (24 octubre 2012). Eduardo Andrades Rivas.

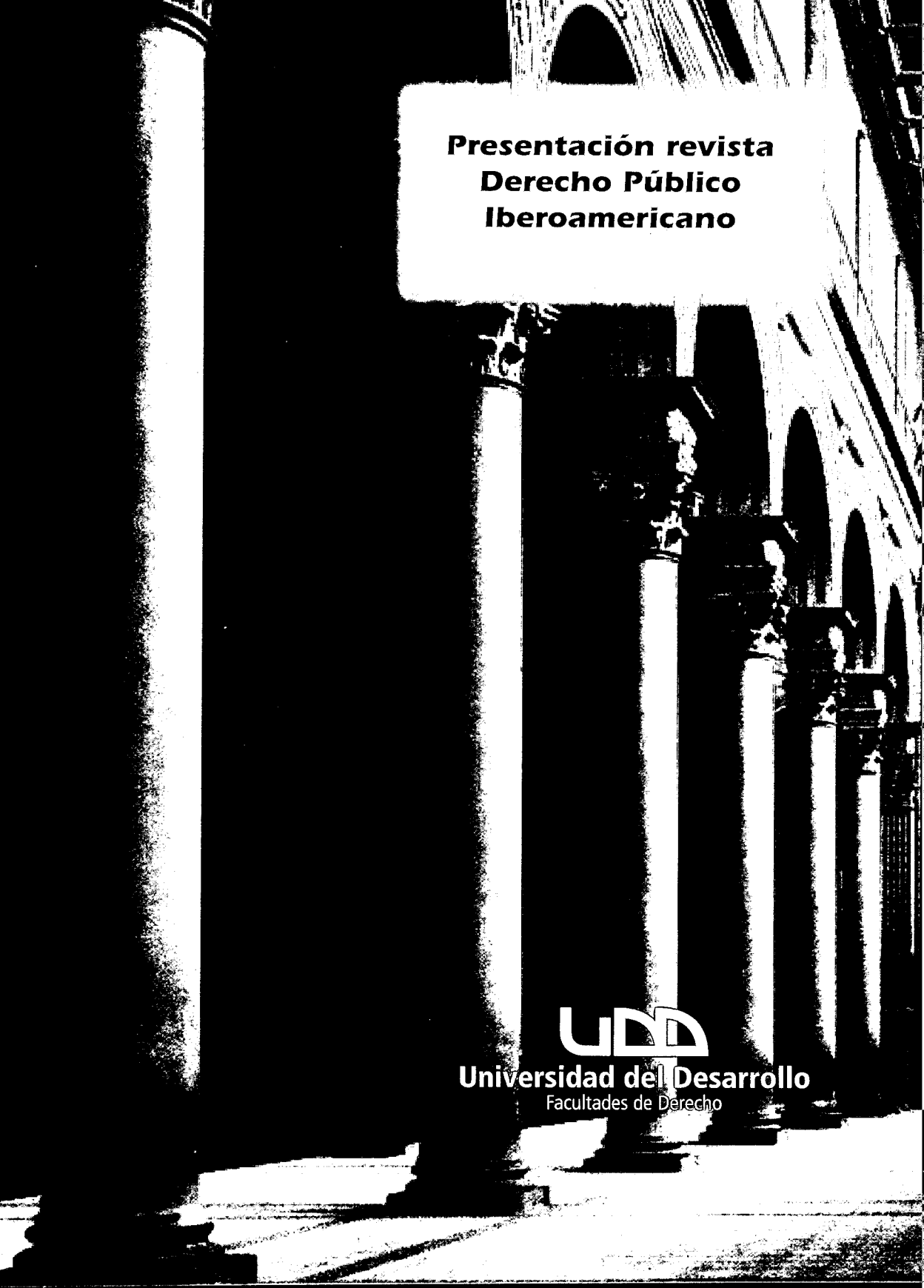
- "De violencias y energúmenos". Diario de Concepción (31 octubre 2012). Eduardo Andrades Rivas.

- "De ilusiones y costumbres". Diario de Concepción (7 noviembre 2012). Eduardo Andrades Rivas.

IV. Programas de Postgrados de la Facultad

El 7 de diciembre de 2012 finalizó el año lectivo correspondiente al décimo sexto año académico de los Programas de Postgrados de la Facultad de Derecho de Concepción, con 27 alumnos en primer año y 27 en segundo año del Magíster en Derecho de la Empresa, quienes se dividieron entre el programa sin mención y menciones en Derecho Laboral y Derecho Tributario. A ellos se sumaron otros 20 alumnos que participaron en otros programas más breves como postítulo, diplomados o cursos.

Durante este 2012 se comenzaron a dictar las menciones para los alumnos que cursaban segundo año del Magíster en Derecho de la Empresa. Lo anterior redundó en una mayor oferta de cursos y programas que convocaron a alumnos que se dedican a variadas áreas del quehacer jurídico.



Presentación revista Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Derecho Público Iberoamericano

Dr. Julio Alvear Téllez
Director
Derecho Público Iberoamericano
Revista del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Ha salido a luz un nuevo proyecto editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se trata de la revista *Derecho Público Iberoamericano,* del Centro de Justicia Constitucional, adscrita a la Facultad de Derecho de Santiago, dentro de una iniciativa científica de alta expectativa.

La revista ha nacido con la intención de ingresar, dentro de los plazos exigidos, en el sistema de indexación Scielo, ISI, Scopus, entre otros índices científicos. Para tales efectos, cada número se publicará de forma periódica dos veces al año, los meses de octubre y abril, a través de las ediciones de la Universidad del Desarrollo. Además de la edición impresa, se prepara la versión *on line.*

En torno a su misión, *Derecho Público Iberoamericano* se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes. Tenemos la convicción de que los principios científicos primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y el bien común. En este cuadro, buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño la integración de los estudios hispanoamericanos.

La revista promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes. Los trabajos a publicar son sometidos al proceso de referato ciego. En este contexto, contamos con un prestigioso comité editorial internacional integrado por el Sr. Decano, don Pablo Rodríguez Grez, y los reconocidos especialistas Dr. Danilo Castellano (Università di Udine), Dr. Gilles Dumont (Université Paris II Panthéon), Dra. Consuelo Martínez-Sicluna (Universidad Complutense de Madrid), Dr. Miguel Ayuso (Universidad Pontificia de Comillas), Dr. Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela), Dr. Santiago Sánchez González (UNED, España), Dra. Myriam Hoyos Castañeda (Universidad de la

Sabana, Colombia), Dr. Santiago Legarre (Universidad Católica de Argentina), Dr. Agustín Squella Narducci (Universidad de Valparaíso), Dr. Javier Couso (Universidad Diego Portales), Dr. José Ignacio Martínez (Universidad de los Andes), Dr. Manuel Nuñez (Universidad Católica de Valparaíso) y Dr. Ignacio Covarrubias (Universidad del Desarrollo).

***Derecho Público Iberoamericano* asume la visión de la Universidad en cuanto a la calidad de la investigación, su orientación y sus resultados. Se compromete asimismo con el desarrollo de sus principios y valores. Y se inscribe, más concretamente, dentro de las líneas de investigación de la Facultad de Derecho, a saber, los derechos fundamentales, la justicia constitucional y la regulación económica.** En su primer número (octubre 2012) la revista publica trabajos de nota. La sección "Estudios" aborda dos géneros de materias: la administración del Estado y los derechos fundamentales. En la primera, se hace un recuento histórico de la defensa en Chile de los derechos de las personas. Asimismo, se formula la tesis de la responsabilidad "objetivada" del ente administrador. Ambos trabajos intentan resaltar, cada uno a su modo, la importancia práctica del principio anejo a la cultura hispanoamericana de que el Estado está sujeto al Derecho.

En el ámbito de los derechos fundamentales y desde diversas sensibilidades se exploran algunas cuestiones muy debatidas en el último tiempo sobre los ilícitos corporativos, el derecho a la educación, los derechos de los indígenas y la concepción liberal de los derechos. Los dos primeros temas son analizados a la luz de las carencias que en Chile parece denotar la actual institucionalidad jurídica. Por su parte, los derechos de los indígenas en Hispanoamérica son reexaminados científicamente desde el prisma de sus orígenes históricos.

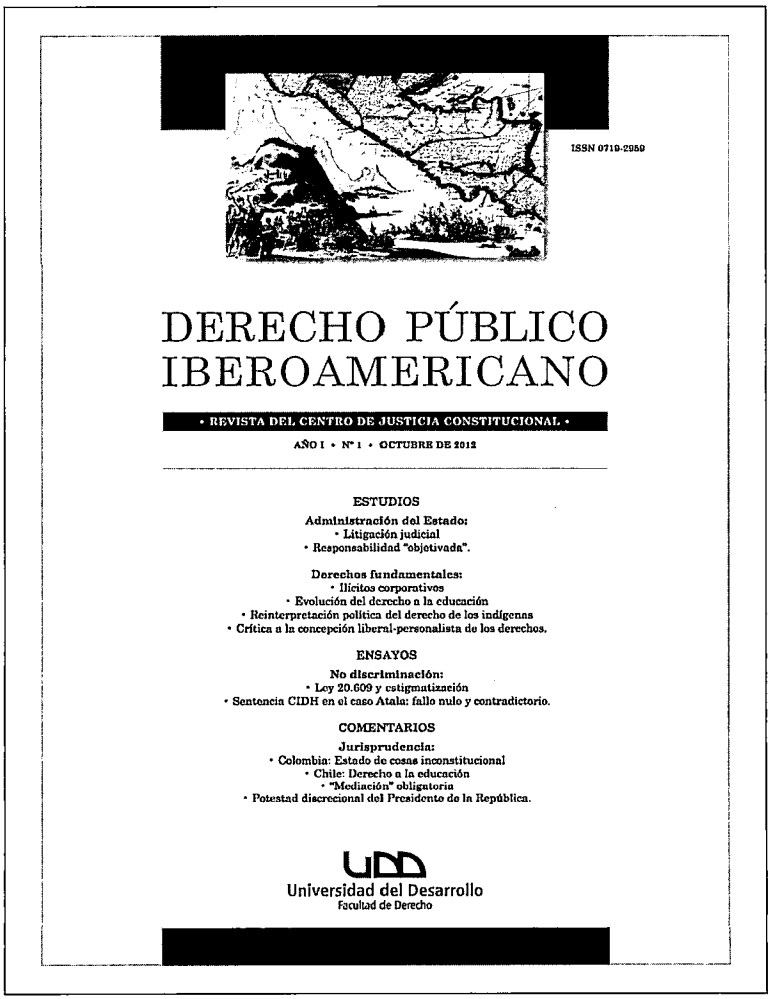
El artículo dedicado a la concepción liberal de los derechos somete a crítica su vertiente personalista, de amplia influencia en países europeos de cultura latina. La discusión, según entendemos, se plantea por primera vez en nuestro país.

La sección "Ensayos" presenta dos visiones opuestas en torno al concepto jurídico de no discriminación arbitraria y sus implicaciones prácticas, a partir de la publicación de la ley N° 20.609 y de la sentencia de la CIDH en el caso Atala.

En la sección "Comentarios de Jurisprudencia" se incluye un análisis de las sentencias del TC colombiano en torno a la doctrina del "estado de cosas constitucional". Asimismo, desde diversos enfoques, se estudian dos sentencias del TC chileno: una relacionada con la potestad constitucional discrecional del Presidente de la República y otra relativa a la figura de la "mediación" obligatoria. Finalmente, se expone un caso ejemplar sobre derecho a la educación (recurso de protección).

que hoy más que nunca requieren de una aproximación no sujeta a los lugares comunes, cuidando siempre la metodología científica.

En estas líneas, no podemos dejar de agradecer la promoción y ayuda generosa que desde los inicios del proyecto nos ha otorgado el Decano de nuestra Facultad, Sr. Pablo Rodríguez Grez.



Portada N° 1, Octubre de 2012.

Índice
Revista Derecho Público Iberoamericano
Año I - Número 1 - Octubre de 2012

Presentación

ESTUDIOS

Estudios sobre administración del Estado

Eduardo Soto Kloss
Litigación judicial frente a la Administración del Estado: un recuento histórico.

Cristian Román Cordero
Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio
(= responsabilidad objetivada).

Estudios sobre derechos fundamentales

Diego G. Pardow
La experiencia chilena. Disuadiendo ilícitos corporativos.

Juan Andrés González Tugas
Breve análisis sobre la evolución jurídico constitucional
del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en Chile.

István Szászdi León-Borja
El inicio de la lucha por los derechos de los indígenas del Nuevo Mundo.
Una reinterpretación política.

Juan Fernando Segovia
Personalismo, sexualismo y disolución en la posmodernidad.
Una crítica a la concepción liberal de los derechos.

ENSAYOS

Ensayos sobre no discriminación arbitraria

Javier Couso Salas
Acerca de la pertinencia de la nueva ley de no discriminación
para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile.

Álvaro Ferrer Del Valle, Carmen Domínguez Hidalgo, Alejandro Romero Seguel, Reynaldo Bustamante Alarcón
Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas *vs.* Chile: razones para afirmar la nulidad del proceso y la sentencia.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Nicolás Romero Páez
La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia.
Novedades del Neoconstitucionaismo.

Rodrigo Céspedes Proto
A propósito del derecho a la educación: Comentario a la sentencia Laurie Sáez con colegio San José Ltda.

Alejandro Leiva López
Sobre la inconstitucionalidad de la figura de la "mediación" obligatoria contenida en el artículo 43 de la Ley N° 19.966.

Nicolás Enteiche Rosales
De la potestad constitucional discrecional del Presidente de la República.

RECENSIONES

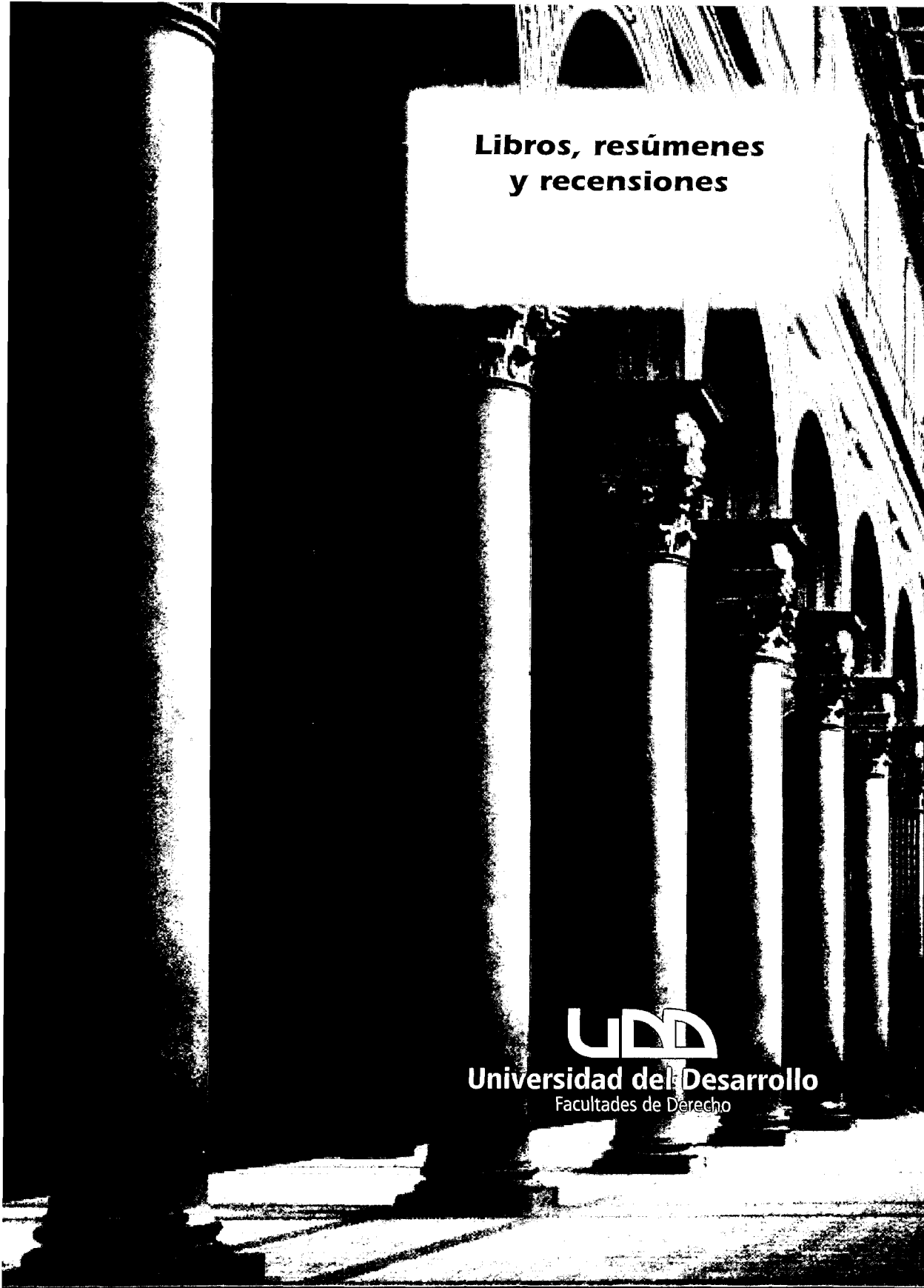
Ignacio Covarrubias Cuevas
Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces, de Gabriel Mora Restrepo.

Sergio Verdugo Ramírez
Living Originalism (Originalismo vivo), de Jack M. Balkin.

Hugo Fábrega Vega
Obediencia y desobediencia civil, de Andrés Cruz Carrasco.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES


Libros, resúmenes
y recensiones
Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

"Schools for Misrule. Legal Academia and an Overlawyered America"

De **Walter Olson**
New York, Encounter Books, 2011

Sergio Verdugo R.
Máster en Derecho
Universidad de California
Magíster en Derecho Público
Pontificia Universidad Católica de Chile
Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas
Universidad del Desarrollo
Profesor de Derecho Constitucional e investigador
Centro de Justicia Constitucional
Universidad del Desarrollo

El libro que comentaré constituye una protesta política contra las Escuelas de Derecho norteamericanas y las doctrinas que sus profesores más influyentes suelen promover para el sistema jurídico.

En él, Walter Olson argumenta que las mejores Escuelas de Derecho de los EE.UU. tienen un perfil ideológico definido, asociado a la izquierda progresista norteamericana (ver especialmente pp. 13-31), y que ellas han influido en la construcción de *malas* teorías jurídicas para el sistema legal. Estas *malas* ideas se publican en revistas que tienen poca demanda real (p. 40) y los estudiantes que trabajan en ellas son premiados con buenos puestos laborales en el futuro (p. 41). De esta manera, muchos de los problemas del sistema norteamericano serían responsabilidad de aquellos profesores de Derecho que no sólo habrían inventado dichas doctrinas, sino que además se habrían beneficiado económicamente con ellas.

El autor parte de dos supuestos normativos que, de no ser aceptados, le quitarían validez a la tesis central de su libro. En primer lugar (i), Olson asume (y demuestra con numerosos ejemplos) que los profesores influyentes de Derecho pertenecen, al menos en su mayoría, al progresismo de izquierda. En segundo lugar (ii), el autor supone que las Facultades de Derecho producen *malas* ideas para el sistema normativo, a las que el autor llama irónicamente *can-this-be-serious-proposals* (p. 5), con el objeto de cuestionar su seriedad y dejar en evidencia el absurdo de las mismas.

El enfoque del libro no es derrotar argumentativamente este tipo de (*malas*) ideas, sino mostrar de qué manera ellas influyen en el proceso jurídico y político. En este sentido, el libro parece más dedicado a un lector ubicado en la derecha política (o jurídica) y será probablemente incapaz de persuadir a un lector de la izquierda norteamericana, que asume que las *malas* ideas son, en realidad, *buenas*[1].

Dentro de las materias donde Olson observa que las *malas* ideas han triunfado, se encuentran los principios de la responsabilidad civil extracontractual (*torts*) y las acciones de clase (ver, por ejemplo, el capítulo 4), las concesiones a grupos indígenas (capítulo 10), y lo que los norteamericanos denominan *institutional reform litigation* (litigación para producir reformas institucionales), donde se incluye el sistema educacional, el penitenciario, los programas sociales y la litigación (y activismo) internacional de los DD.HH. (capítulos 11 y 12). Este tipo de litigación origina un fenómeno que el autor denomina "las Cortes como legisladoras" (pp. 138 y ss.), el que se convierte en una alternativa para que grupos de presión puedan obtener respuestas a sus demandas (p. 143)[2].

La litigación que este tipo de acciones genera a veces produce lo que Olson denomina "crisis estratégica". Con estas crisis se persigue crear profundos problemas judiciales a determinadas instituciones, para provocar reformas radicales que satisfagan a los litigantes y a los grupos de interés que se encuentran detrás de ellos (pp. 146 y ss.).

La crítica de Olson también cuestiona el interés de los profesores de Derecho. Se asume que la profesión legal tiene un interés propio, que es alimentado por teorías que incrementan la excesiva judicialización del sistema, creando más trabajo para abogados, a pesar de los mayores costos que ello significa para la sociedad. Una manifestación de lo anterior consiste en el rol que estos profesores juegan cuando son llamados a entregar su testimonio en un juicio en calidad de "expertos". Estos testimonios suelen beneficiar a litigantes determinados, influyendo fuertemente en el resultado final y produciendo un formidable negocio dentro de un pequeño circuito (pp. 83-87).

Estos mismos profesores del progresismo jurídico han construido clínicas jurídicas basadas en "causas de interés público", que para Olson no es más que una manera de denominar la agenda liberal de izquierda. El presupuesto e influencia de estas clínicas han crecido de manera muy fuerte, y no sólo son

[1] Parece evidente que el autor escribe desde la derecha y hacia la derecha. No es casualidad que Walter Olson sea un investigador *senior* del *Cato Institute*, un centro de estudios libertario, vinculado a la derecha norteamericana.

[2] Se dice que este tipo de cuestiones terminan por entregarle mucho poder al juez, pero pocos observan la influencia que abogados interesados en determinadas causas tuvieron efectivamente en este tipo de juicios, especialmente cuando los casos se terminan mediante acuerdos redactados por estos abogados (p. 150).

relevantes para el apoyo de causas particulares, sino también para presionar por cambios normativos relevantes y para comprometer a estudiantes de Derecho con la agenda progresista (pp. 95 y ss). Cabe recordar que una parte considerable de los miembros de la elite norteamericana se han formado en estas escuelas de Derecho[3].

Con todo lo anterior, las escuelas de Derecho habrían perdido su propósito original (formar abogados) para implementar las *malas* ideas por la vía judicial y comprometer a los estudiantes y a la comunidad jurídica, en esta tarea. En este contexto, el libro se pregunta también acerca del rol de los profesores de Derecho, y sostiene que probablemente estos no son los mejor preparados para opinar acerca de lo que el Derecho *debe ser* (p. 236).

Se vincula con ello la poca precisión con que los abogados y jueces opinan en cuestiones técnicas. Ante ello, Olson denuncia contradicciones, parcialidad y opiniones casi intuitivas por parte de los abogados. Detrás de esta crítica, se encuentra la discusión acerca de la formación crítica del abogado, respecto de la que el autor se muestra pesimista. Por eso, tal vez, concluye su libro señalando que las Facultades de Derecho debieran orientarse en la formación de habilidades y conocimiento jurídico en sus estudiantes. En este proceso, deben entrenar abogados que respeten el interés de sus clientes, reconozcan la dignidad del trabajo legal y conozcan las reglas éticas de la profesión. "No queremos tener ni necesitamos más reyes-filósofos. Pero nos sería útil utilizar más y mejores abogados" (p. 237).

El modelo de una *mala* Escuela de Derecho es, para el autor, la Facultad de Yale, donde los estudiantes ya no deben tomar un curso sobre propiedad para poder graduarse, y donde de manera frecuente los alumnos no saben de quiebras, ni de derecho procesal, pero sí saben filosofía (p. 45)

El libro no propone un camino para solucionar el problema que denuncia, ni tampoco ofrece ideas para contestar al progresismo académico jurídico norteamericano. Su objetivo central es levantar escepticismo acerca de la academia legal. En esta tarea, la obra da cuenta de una suerte de expansión irresponsable de los asuntos propiamente jurídicos, que no considera los costos, limitaciones e inexactitudes de la ley (p. 232), la que ha utilizado el lenguaje de los derechos, el derecho constitucional y el derecho internacional, como las vías preferidas para incrementar los niveles de judicialización.

La idea central del libro no podría estar completa si no se aíslan las variables que explican la existencia de *malas* doctrinas jurídicas en la realidad práctica

[3] Olson da cuenta de que el 60% de los senadores y el 40% de los representantes del Congreso Federal son abogados (p. 2).

(no meramente académica). Si bien Olson constata con bastante precisión la manera en que estas teorías jurídicas son influyentes, el autor falla en identificar todas las variables que podrían haber influido en su adopción efectiva. Y aunque pueda ser razonable darle importancia práctica al trabajo de investigación jurídica, el libro no da cuenta del nivel de impacto que este tiene en relación a otras posibles explicaciones.

Por otra parte, el libro no valora algunas ideas que las Facultades de Derecho han aportado de manera positiva al sistema jurídico norteamericano, como ocurre, por ejemplo, con las teorías sobre el análisis económico del derecho (*law and economics*), las que han sido útiles para proporcionar soluciones prácticas y para explicar (y dimensionar) el real valor del sistema judicial y del precedente, entre otras muchas materias. Si bien las Escuelas de Derecho pueden ser responsables por la producción de *malas* ideas, ello no elimina el hecho de que existan *buenas* teorías. En definitiva, el problema parece residir en que la mayoría de las ideas proviene de un sector específico que se encuentra ideológicamente comprometido, lo que se produciría por el desequilibrio que existe en la política de contratación de profesores de las diferentes Facultades, y no en la ausencia completa de una academia legal de derecha.

Bioética Clínica

De **Drs. Juan Pablo Beca y Carmen Astete (editores)**
Centro de Bioética, Facultad de Medicina,
Clínica Alemana-Universidad del Desarrollo
Editorial Mediterráneo, Santiago de Chile

Dr. Juan Pablo Beca Infante
Director Centro De Bioética
Facultad de Medicina
Clínica Alemana - Universidad del Desarrollo

Dra. Carmen Astete Alvarez
Facultad de Medicina
Clínica Alemana - Universidad del Desarrollo

Los conceptos de salud y enfermedad han ido cambiando como consecuencia de los avances en el conocimiento científico médico, en el contexto de una sociedad cambiante, en la cual los derechos, deberes y responsabilidades de cada individuo han llevado a un cambio de actitud de los pacientes y de los profesionales de la salud así como de la relación clínica entre ambos.

La Bioética Clínica aparece así como un amplio campo de conocimiento y de aplicación de la ética en el ámbito biomédico. Si bien esta disciplina incluye la comprensión ética de los hechos clínicos, en términos generales, debe entenderse como la aplicación de fundamentos éticos, principios, valores y virtudes en la práctica de la atención de salud. A modo de comparación, podemos decir que así como se ha hecho un aporte importante con el desarrollo de la medicina basada en la evidencia, la Bioética debe avanzar en el desarrollo paralelo de una medicina basada en valores. Una mirada de la Bioética Clínica, por esto mismo, no puede ser reduccionista, a la manera de un simple pragmatismo de aplicación de conceptos o principios, sino como un conjunto de conocimientos teóricos y aplicados que, con un sólido fundamento ético, permite contribuir a mejorar el ejercicio de las profesiones de la salud.

A estas alturas de la historia de la Bioética, la docencia de esta disciplina en los niveles de pregrado y postgrado en las carreras de la salud es una exigencia que impone la realidad social y sanitaria y, por ende, una obligación en la realidad curricular académica. La experiencia docente ha mostrado la dificultad de encontrar, en el ámbito de la bioética hispanoamericana, textos que aborden

los temas bioéticos en su integridad y no sólo en algunos aspectos específicos. De ahí entonces el valor que tiene un libro que trata los diversos temas de la Bioética Clínica de modo transversal, ofreciendo una amplia selección de temas a disposición de docentes y alumnos de Bioética de habla hispana.

Los destinatarios de este libro son todos los profesionales de la salud que buscan su continuo perfeccionamiento en su actividad profesional y persiguen profundizar su vocación. Todos los docentes de las carreras de las ciencias de la salud. Todos y cada uno de los estudiantes de las carreras del ámbito sanitario de las universidades hispanoamericanas. Todos los miembros de los Comités de Ética Asistencial. Finalmente, todos aquellos que trabajan dando apoyo espiritual a los pacientes y también los alumnos de las carreras humanistas y científicas, quienes con sus conocimientos e interés intelectual están llamados a participar en la reflexión sobre los fundamentos éticos de esta disciplina y a difundir y mejorar las prácticas bioéticas en la sociedad.

El libro "Bioética Clínica" agrupa los temas en cinco partes: Conceptos Fundamentales, Bioética en la Práctica Clínica, Bioética del Inicio de la Vida, Bioética del Final de la Vida y Bioética en otras áreas de la salud.

Este libro presenta los temas de la Bioética Clínica desde una mirada cultural hispanoamericana. Buena parte de sus capítulos están escritos por autores chilenos, docentes de seis universidades del país. El resto de los capítulos fueron escritos por destacados especialistas de España, EE.UU., Puerto Rico, Venezuela, Colombia y Uruguay, pertenecientes a prestigiadas universidades y centros académicos de sus respectivos países.

Por último, es preciso hacer presente que la actualidad en la materia a través de la dictación de las Leyes N°20.584 de Derechos y Deberes de los Pacientes, que entró en vigencia en octubre último, y la Ley 20.120, sobre la Investigación Científica en Seres Humanos, merezca que la amplitud de los temas tratados en este libro no sea solo una pertenencia a profesionales de la salud, sino también a todos aquellos que, desde el mundo del derecho, requieran una aproximación omnicomprensiva a estos temas de relevancia contemporánea.

Índice Revista Ius Publicum N°29/2012
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

ESTUDIOS

Ramón Maciá Manso. *Sobre la igualdad.*
Eduardo Martín Quintana. *El derecho a la vida.*
José Joaquín Ugarte Godoy. *Matrimonio de homosexuales y uniones civiles.*
Sergio Raúl Castaño. *El derecho de los padres a la educación de los hijos desde la perspectiva del bien común político.*
Javier Indalecio Barraza. *La finalidad del acto administrativo y la desviación de poder.*
Eduardo Soto Klöss. *Litigación judicial frente a la Administración del Estado: un recuento histórico.*
Juan Carlos Flores Rivas. *El régimen jurídico de los premios nacionales en el derecho chileno.*

CRONICA

Reflexiones tomistas: Esther Gómez, Gonzalo Letelier. **Reflexiones éticas:** Max Silva Abbott, Sherif Girgis, *Aceprensa,* P. Raúl Hasbún, Pedro Herráiz, Stefano Gennarini, P. Fernando Pascual, Pepita Taboada Jaén, Federico García Larraín. **Reflexiones fuertes:** Hernán Corral Talciani, Max Silva Abbott, José Luis Widow Lira, Álvaro Góngora E., Gonzalo Rojas S., Carlos Goñi Garrido, Federico García Larraín, Tomás Villarroel, Marta Salazar S., Gastón Escudero Poblete.

DOCUMENTOS

S.S. BENEDICTO XVI: *Discursos a un grupo de obispos de Estados Unidos en visita "Ad Limina Apostolorum"– Visita Pastoral a la Archidiócesis de Milán y VII Encuentro Mundial de las Familias – Discurso a los obispos de Papua Nueva Guinea y de las Islas Salomón en visita "Ad Limina Apostolorum"– Mensaje para la XLVI Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales. "Silencio y Palabra: camino de evangelización" – Discurso a los administradores del Lacio, del Ayuntamiento y de la Provincia de Roma – Vigilia Pascual en la Noche Santa. Homilía – Visita a la Universidad Católica del Sagrado Corazón en el 50° aniversario de Fundación de la Facultad de Medicina y Cirugía del Policlínico Agostino Gemelli – Homilía en la Solemnidad de Pentecostés – Discurso a la asamblea de la Conferencia Episcopal*

italiana. **MONS. JUAN IGNACIO GONZÁLEZ E.:** *Hay que respetar a los que piensan distinto, pero no hay que ceder en sostener la verdad.* **STANTON L. JONES:** *Homosexualidad: lo que la ciencia no dice.* **P. RAÚL HASBÚN:** *Trastorno* – **PABLO J. GINÉS:** *De 32 referendos sobre el matrimonio gay en EE.UU., el matrimonio natural gana en 32* – **P. RAÚL HASBÚN:** *Libres* – **JOSÉ H. GÓMEZ:** *Estados Unidos se queda sin libertad religiosa.* **ALBERTO CARDEMIL, FELIPE WARD:** *Cuestionario para ser respondido por la ex presidenta Michelle Bachelet ante la Comisión Investigadora 27/F.* **PABLO RODRÍGUEZ GREZ:** *Destrucción del Estado de Derecho.* **JULIO CONTE–GRAND:** *Amor al saber jurídico* – **ÁLVARO FERNÁNDEZ:** *Género: destrucción de la familia (rumbo a la utopía comunista).*

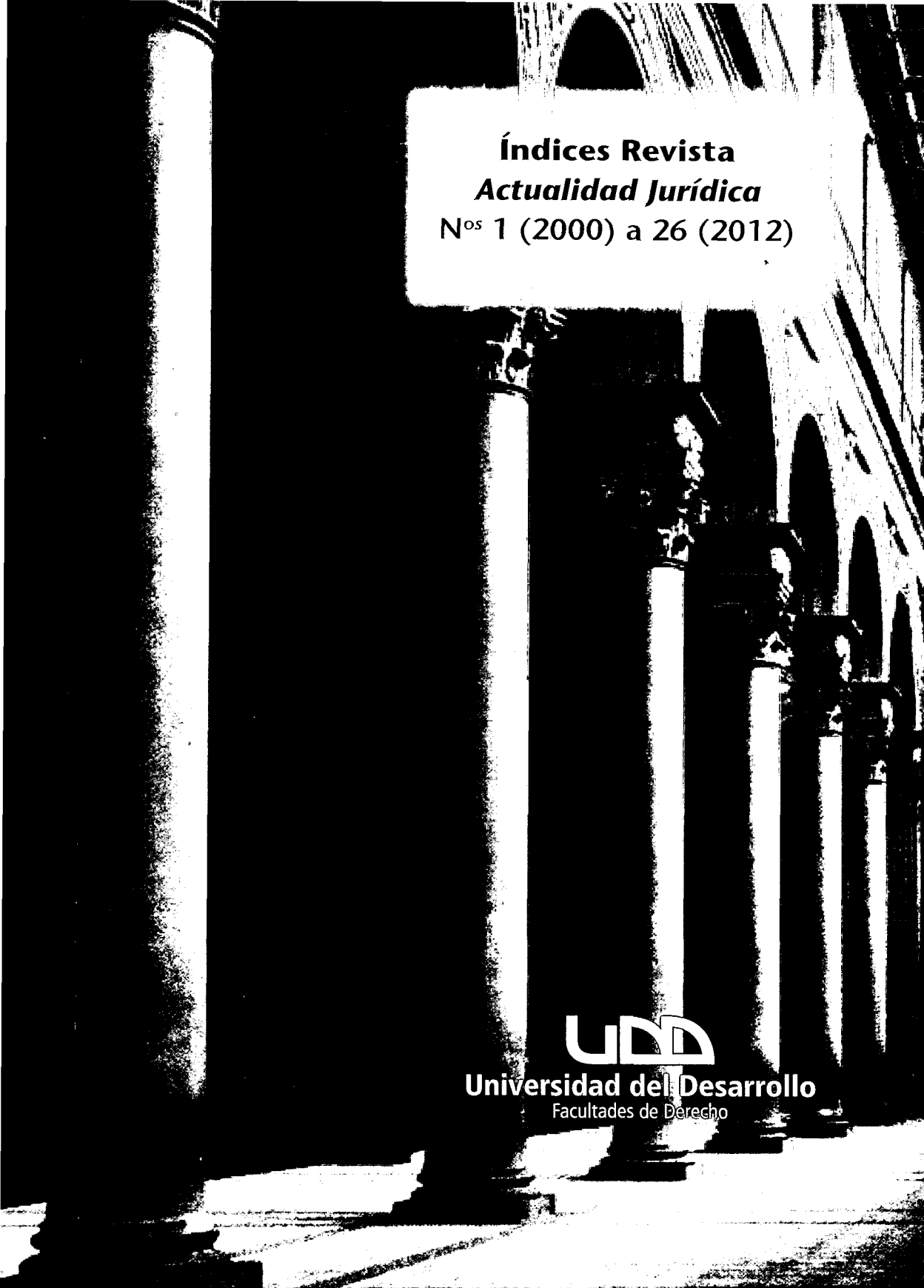
ACTUALIDADES

Cuba. Arrecia la represión en Cuba. 423 detenidos sólo en el mes de mayo 2012 - Más de un millón de cubanos sufren problemas de abastecimiento de agua (Emol).
España. Condenado por dejar vivo al bebé que iba a abortar (**M. Martínez L.**).
Unión Europea. La UE subvenciona a las más importantes organizaciones abortistas del mundo (**Aica**).
En Liechtenstein un solo hombre se plantó ante el mal y dijo: "De esta línea no pasarás"- Rechaza el aborto con un referéndum (**Humanitas**).
China. La llamada Iglesia Patriótica China (**M. Elissalde**) - *China exige a los abogados que juren lealtad al Partido Comunista* (**J. Reinoso**).
Francia. Proceso de canonización de Jérôme Lejeune, el hombre que perdió el Nobel y ganó el cielo (**Aica**).

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema (4.11.2011). Corte de Apelaciones de Concepción (13.7.2011). Correa Pérez y otros c/Municipalidad de Concepción (Responsabilidad municipal/ art. 142 Ley N° 18.695) (**Comentario de E. Soto Klöss**).
Zanelli Hermanos con el Fisco (Responsabilidad del Estado) (**Comentario de E. Soto Klöss**).
Corte Suprema (11-4-2011). Anabalón Navarrete y otros con Universidad de Ciencias de la Informática (Publicidad engañosa-protección del consumidor).

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



Índices Revista
Actualidad Jurídica
Nos 1 (2000) a 26 (2012)

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Índice de la "Revista Actualidad Jurídica" Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo Concepción-Santiago

Números 1 (2000) a 26 (2012)

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. Sr. Pablo Rodríguez Grez, Decano Facultad de Derecho, Sede Santiago).***

La revista tiene carácter misceláneo, pero cada uno de sus números dedica uno o más dossieres a algunos temas centrales predefinidos por su Consejo Editorial.

PERIODICIDAD: *Actualidad Jurídica* es una publicación semestral que se edita en Enero y Julio de cada año, caracterizada por la rigurosidad en las fechas de su cierre editorial y publicación.

AUTORIDADES RESPONSABLES:

Director: Prof. Sr. Pablo Rodríguez Grez, Decano de la Facultad de Derecho, sede Santiago.

Editor: Prof. Sr. Hugo Fábrega Vega.

Representante Legal: Prof. 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: Prof. Sr. Gonzalo Rioseco Martínez, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Casa Central Concepción.

Integrantes:

Prof. Julio Alvear Téllez.
Prof. Bruno Caprile Biermann.
Prof. Ignacio Covarrubias Cuevas.
Prof. Cecily Halpern Montecino.
Prof. Jorge Ogalde Muñoz.
Prof. Hugo Rosende Álvarez.

ÍNDICE DE LA REVISTA: En formatos por materias y por autor, se encuentra a disposición del público interesado en la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad, Casa Central Concepción:

http://derecho-ccp.udd.cl/derecho/trabajos-y-publicaciones/revista-actualidad-juridica/

Haciendo click en "índice de la *Revista Actualidad Jurídica*, N^{os} 1 a 26".

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. Sr. Bruno Caprile Biermann

SANTIAGO: Prof. Sr. Hugo Fábrega Vega.

Una vez que el estudio o artículo sea publicado en la Revista, el autor recibirá un ejemplar del número correspondiente en forma gratuita.

Los originales de las comunicaciones remitidas a la revista no serán devueltos a los autores.

ISSN N° 0717-5914

VENTAS Y SUSCRIPCIONES: Informaciones sobre venta de ejemplares atrasados puede obtenerse mandando un correo, fax o email a **Ediciones Universidad del Desarrollo:**

CONCEPCIÓN: Ainavillo N° 456, Fono 56-41-2268690, Fax 56-41-2268669
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
Derecho Romano
Historia del Derecho Europeo
Historia del Derecho Indiano
Historia de los Derechos Indígenas
Historia de los Derechos Patrios Hispanoamericanos
Historia del Derecho Patrio y Constitucional de Chile
Historia del Pensamiento Jurídico
Introducción al Derecho
Filosofía del Derecho
Pensamiento Jurídico
Enseñanza del Derecho

2. Derecho Público
Derecho Político
Derecho Constitucional
Derecho Administrativo
Derecho Internacional Público
Derecho del Medio Ambiente
Derecho Penal

3. Derecho Privado
Derecho Civil
Derecho Comercial
Derecho Minero
Derecho de Aguas
Derecho Urbano
Derecho Informático
Derecho Internacional Privado

4. Derecho Procesal
Derecho Procesal Orgánico
Derecho Procesal Civil
Derecho Procesal Penal

5. Derecho Económico y Tributario

6. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Derecho del Trabajo General
Derecho del Trabajo Individual
Derecho Colectivo del Trabajo

Derecho Procesal Laboral
Seguridad Social

B. Vida Académica

C. Análisis Jurisprudencial

D. Recensiones, Publicaciones e Índices

E. Separatas

F. Semblanzas y Homenajes

II. Índice alfabético de autores

SIGLAS:

(CJ) Comentario de Jurisprudencia
(R) Recensión
(H) Semblanzas y homenajes
(S) Separata
(VA) Vida Académica

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,* N° 3, 2001, 149.

MORENO VALENCIA, Fernando, *Subversión de los valores,* N° 10, 2004, 27.

QUINTERO FUENTES, David, *Críticas y revisiones a la Teoría de la Justicia de John Rawls,* N° 18, 2008, 371.

QUINTERO FUENTES, David, *La importancia de la "Teoría de la Justicia" de John Rawls para la solución de problemas de ética normativa,* N° 26, 2012, 339.

RODRÍGUEZ CÁCERES, Andrés, *Justicia distributiva: una aproximación a Rawls y otras doctrinas económico-filosóficas,* N° 17, 2008, 433.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis moral o subversión de los valores?,* N° 10, 2004, 13.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Ética y Responsabilidad Profesional),* N° 6, 2002, 7.

ROJAS SEPÚLVEDA, Fernando, *Reflexiones en torno al contenido moral de los actos de juzgamiento,* N° 9, 2004, 175.

ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Derechos y deberes en el acto médico,* N° 6, 2002, 45.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *La pugna valórica en la ley que establece medidas contra la discriminación arbitraria,* N° 26, 2012, 31.

SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio,* N° 12, 2005, 177.

SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación,* N° 10, 2004, 83.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Hay una ética de los abogados?,* N° 6, 2002, 13.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje,* N° 7, 2003, 263.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino,* N° 3, 2001, 135.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Libre empresa, derecho, humanismo,* N° 1, 2000, 95.

Pensamiento Jurídico

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del debido proceso,* N° 3, 2001, 21.

BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados,* N° 8, 2003, 327.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común,* N° 18, 2008, 395.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los requisitos para obtener el título de abogado: alegato para el establecimiento de un examen único, cualquiera sea la filiación universitaria del candidato,* N° 16, 2007, 65.

CLARO VALDÉS, Ricardo, *Rol del empresario en las encíclicas sociales,* N° 4, 2001, 257.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho,* N° 3, 2001, 233.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado,* N° 16, 2007, 23.

DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados,* N° 14, 2006, 55.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Normas "circunstanciales",* N° 25, 2012, 217.

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.

DEVOTO BERRIMAN, Carolina, *El método de resolución de casos en la enseñanza del derecho,* N° 25, 2012, 503.

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.

OÑATE VERA, Emilio A., *La importancia del control en la administración del Estado,* N° 25, 2012, 343.

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.

ÁLVAREZ CÁRCAMO, Hugo, *Libertad de expresión, bien jurídico protegido,* N° 26, 2012, 443.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los proyectos de reforma constitucional en materia de educación: Análisis de una incógnita,* N° 25, 2012, 29.

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 COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación "antidiscriminación" (Y algunos comentarios acerca del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación),* N° 26, 2012, 9.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, y FÁBREGA VEGA, Hugo, *Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos,* N° 15, 2006, 261.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Análisis crítico sobre los principios doctrinarios y positivos del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional español (un análisis desde el entorno hispanoamericano),* N° 18, 2008, 219.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Evolución (o involución) de la Constitución Política de la República a 20 años de su promulgación, notas sobre las reformas a la Carta del 80,* N° 4, 2001, 173.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La reforma constitucional de 2005 y las sutilezas de un veto,* N° 13, 2006, 11.

BULNES ALDUNATE, Luz, *El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980,* N° 4, 2001, 131.

BULNES ALDUNATE, Luz, *El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional,* N° 12, 2005, 29.

BULNES ALDUNATE, Luz, *Forma de gobierno en la Constitución de 1980,* N° 4, 2001, 223.

BULNES ALDUNATE, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional,* N° 13, 2006, 97.

BULNES ALDUNATE, Luz, *Principios y valores constitucionales. La dignidad de la persona frente a la jurisprudencia,* N° 10, 2004, 117.

CAMPUSANO, Raúl F., *Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005,* N° 13, 2006, 25.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y ASTUDILLO SEPÚLVEDA, José Manuel, *La libertad de expresión en el derecho norteamericano,* N° 20, 2009, 635.

CEA CIENFUEGOS, Sergio, y CORONADO DONOSO, Ricardo, *La constitucionalización de las fuerzas armadas,* N° 23, 2011, 435.

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.

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Discriminación y género en la jurisprudencia de los EE.UU.,* N° 26, 2012, 137.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Comentario a los proyectos de reforma constitucional que inciden en el derecho a la libertad de enseñanza,* N° 25, 2012, 13.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *¿Tiene sentido regular constitucionalmente materias como la familia (y los elementos constitutivos del matrimonio)?,* N° 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,* N° 6, 2002, 75.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Bases de la Institucionalidad chilena,* N° 4, 2001, 211.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional,* N° 6, 2002, 137.

CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional,* N° 13, 3006, 43.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Perfil jurídico del nuevo Ministerio Público,* N° 2, 2000, 165.

CUEVAS FARREN, Gustavo, *Solución jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos,* N° 1, 2000, 117.

DELAVEAU SWETT, Rodrigo, *Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria,* N° 18, 2008, 55.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos*, N° 18, 2008, 69.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes*, N° 20, 2009, 35.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Presentación del Seminario "Sentencias de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad y sus efectos"*, N° 17, 2008, 163.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (affirmative action)*, N° 17, 2008, 195.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *El principio de irretroactividad de las sanciones debe aplicarse en forma estricta: el caso del artículo 4° de la Ley Chilecompra*, N° 21, 2010, 225.

DÍAZ NIEVA, José, y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980*, N° 4, 2001, 57.

FELIÚ SEGOVIA, Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios*, N° 1, 2000, 71.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley*, N° 17, 2008, 175.

HUMERES NOGUER, Héctor, *La seguridad social en la Constitución Política chilena*, N° 4, 2001, 107.

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.

MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005*, N° 25, 2012, 237.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Notas sobre su evolución histórica en Chile*, N° 22, 2010, 21.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, N° 26, 2012, 63.

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 ¿Nuevas normas constitucionales sobre la educación? Los proyectos pendientes),* N° 25, 2012, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema Pugna valórica y errores de la ley antidiscriminación),* N° 26, 2012, 5.

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, *Problemas del plebiscito como instrumento democrático y como decisor de políticas públicas*, N° 25, 2012, 257.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales*, N° 20, 2009, 597.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, y GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Radiografía al Instituto Nacional de DD.HH.: entre la política y el derecho*, N° 26, 2012, 193.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, y GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos*, N° 25, 2012, 175.

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.

OLIVARES GUZMÁN, Isabel, *Los proveedores frente al Estado a la luz de la Ley de Compras Públicas,* N° 25, 2012, 481.

OÑATE VERA, Emilio A., *Las licencias de conducir profesionales y la implementación del sistema por puntos en la Ley de Tránsito,* N° 26, 2012, 459.

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,* N° 21, 2010, 71.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *El justo y debido proceso en el derecho internacional,* N° 3, 2001, 87.

MONSÁLVEZ MÜLLER, Aldo, *Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales,* N° 6, 2002, 147.

PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *A propósito de los ilícitos cometidos a bordo de buques y aeronaves, contra ellas o con ellas: estado de la cuestión,* N° 4, 2001, 351.

PÉREZ DE FRANCISCO, Eugenio, *España y el Segundo Conflicto del Golfo,* N° 8, 2003, 57.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, FUENTES TORRIJO, Ximena, VALENZUELA V, Luis, *Controversia sobre los alcances del Fallo de los Lores,* N° 1, 2000, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tema central,* N° 2, 2000, 5.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley,* N° 1, 2000, 47.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Existe el derecho internacional?,* N° 8, 2003, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema, la crisis del derecho internacional),* N° 8, 2003, 7.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Corte Penal Internacional y Soberanía Universal,* N° 2, 2000, 9.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad,* N° 1, 2000, 55.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público,* N° 11, 2005, 281.

Derecho del Medio Ambiente

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable,* N° 16, 2007, 171.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Nueva institucionalidad ambiental*, N° 22, 2010, 429.

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., *La Regulación Ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudmericanos*, 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., *Pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materias de contenido ambiental*, N° 26, 2012, 279.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabcikovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay*, N° 14, 2006, 179.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC*, N° 19, 2009, 651.

CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Evaluación ambiental estratégica y procedimiento administrativo: legalidad, supletoriedad y funcionalidad*, N° 25, 2012, 421.

CARTES MONTORY, Armando, *Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes*, N° 7, 2003, 425.

RIQUELME PALLAMAR, Paulina; MEDINA FUENTES, Paula, y BUSTOS PAÑAILILLO, Daniela, *Nueva Institucionalidad Ambiental: Criterios de diseño para el desarrollo regulatorio*, N° 23, 2011, 229.

VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *Los acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia*, N° 21, 2010, 89.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Consideraciones sobre los desafíos que el Derecho Ambiental impone a la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*, N° 24, 2011, 355.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Derecho ambiental como derecho público. Instrumentos de la política ambiental*, N° 22, 2010, 377.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Desarrollo sustentable, ¿un paradigma en crisis?*, N° 26, 2012, 497.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Evaluación ambiental estratégica: instrumento sustantivo de regionalización*, N° 26, 2012, 301.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Fundamentos de la relación entre ambiente y energía. Derecho Ambiental: el factor de equilibrio entre ambos*, N° 25, 2012, 513.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Las fases esenciales de la responsabilidad ambiental: preventiva y correctiva, instituciones comparadas entre el derecho norteamericano y el chileno*, N° 21, 2010, 49.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Revisión de dos tratados ecológicos y su comparación*, N° 23, 2011, 281.

WINTER DEL RÍO, Federico, *La regulación sectorial de la energía geotérmica en Chile. Problemas y propuestas*, N° 25, 2012, 315.

Derecho Penal

BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales*, N° 6, 2002, 35.

BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes*, N° 16, 2007, 107.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno*, N° 7, 2003, 359.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Algunos comentarios a la ley N° 20.253 en materia de reincidencia*, N° 18, 2008, 491.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Caben la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?*, N° 14, 2006, 219.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Principales modificaciones al Libro I del Código Penal en los últimos 10 años (periodo 1999-2009)*, N° 20, 2009, 347.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN*, N° 11, 2005, 139.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *Parricidio: visión histórica del tipo y crítica a la actual doctrina dominante en Chile*, N° 23, 2011, 259.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *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*, N° 25, 2012, 439.

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, *Distinción jurisprudencial entre autoría y complicidad en el delito de tráfico de drogas,* N° 25, 2012, 457.

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.

ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Innovación, investigación y desarrollo (I+D), y propiedad industrial,* N° 25, 2012, 469.

BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho,* N° 7, 2003, 293.

BRAVO VALLEJOS, Rodrigo, y JUPPET EWING, María Fernanda, *Cuestionamiento de validez del mandato para completar pagarés y letras de cambio en blanco como parte de un contrato de adhesión,* N° 25, 2012, 489.

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., y FAHRENKRUG, Conrad, *Régimen jurídico de la propiedad intelectual a través de los tratados de libre comercio suscritos por Chile,* N° 25, 2012, 531.

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.

JUPPET EWING, María Fernanda, *¿El orden de los factores altera el producto?: Nuevos riesgos de expropiación en América Latina*, N° 26, 2012, 421.

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.

RABAT CELIS, Fernando José, y MAURIZIANO CONCHA, Francesca, *Teoría de la posesión inscrita,* N° 26, 2012, 357.

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, *Daño moral: un laberinto jurídico,* N° 25, 2012, 83.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *El contrato de tracto sucesivo: una tipología especial,* N° 26, 2012, 169.

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 "concurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica*, Separara N° 16, 2007, 65.

THOMAS, Vincent (Trad. de Carlos Hecker Padilla), *La entrada, contrato de acceso al estadio en el derecho francés*, N° 26, 2012, 479.

UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble*, N° 9, 2004, 37.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil*, N° 9, 2004, 197.

VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales*, N° 9, 2004, 321.

VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica*, N° 13, 2006, 171.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno*, N° 13, 2006, 189.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento*, N° 15, 2007, 93.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austríaca y suiza*, N° 20, 2009, 445.

VERGARA BEZANILLA, José Pablo, *La mercantilización del daño moral*, N° 2, 2000, 177.

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconvención,* N° 6, 2002, 327.

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado,* N° 19, 2009, 33.

Derecho Comercial

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Algunas consideraciones en torno al abuso de la mayoría accionaria y su protección,* N° 16, 2007, 115.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los acuerdos de actuación conjunta, el control y el derecho de voto en la Sociedad Anónima,* N° 2, 2000, 233.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado,* N° 14, 2006, 117.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Los grupos empresariales,* N° 6, 2002, 203.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Relaciones entre el interés social y el interés personal de los directores de una sociedad anónima,* N° 5, 2002, 243.

CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile,* N° 3, 2001, 243.

CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva,* N° 2, 2000, 253.

CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaria chilena a tratados internacionales,* N° 2, 2000, 81.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Sergio, *Empresas individuales de responsabilidad limitada, Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003,* N° 8, 2003, 113.

GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, *Importancia de la contabilidad y el análisis financiero de una sociedad anónima,* N° 20, 2009, 741.

GÓMEZ PINTO, Rafael, *El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado,* N° 7, 2003, 129.

GÓMEZ PINTO, Rafael, *Las preferencias,* N° 16, 2007, 299.

GÓMEZ PINTO, Rafael, *Soluciones concursales para crisis financieras de las empresas,* N° 19, 2009, 263.

GUTIÉRREZ IRARRÁZAVAL, Juan Francisco, y SANTANA HERNÁNDEZ, Nicolás, *Notas sobre la responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas,* N° 25, 2012, 283.

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.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La involución del procedimiento de calificación de quiebra,* N° 9, 2004, 225.

OROZCO ARGOTE, Iris del Rocío, *Las denominaciones de origen en México,* N° 17, 2008, 385.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho,* N° 7, 2003, 325.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Regulación versus autorregulación. Un dilema crítico a partir del caso Banco Central-Corfo-Inverlink,* N° 8, 2003, 249.

PFEFFER URQUIAGA, Francisco, *Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la ley de Sociedades Anónimas,* N° 12, 2005, 145.

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.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Jurisprudencia, ¿sirve para algo?*, N° 21, 2010, 403.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La ajenidad del juez*, N° 19, 2009, 397.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?*, N° 12, 2005, 25.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Tras la paletada, nadie dijo nada... (art. 5° inc. 1° COT)*, N° 7, 2003, 317.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *¿Crisis de la Justicia?*, N° 12, 2005, 11.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Dependencia estructural*, N° 17, 2008, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *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.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia,* N° 13, 2006, 233.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia,* N° 10, 2004, 167.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Otra innovación en la protección de los derechos de los consumidores (SERNAC FINANCIERO),* N° 26, 2012, 323.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal,* N° 5, 2002, 99.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Procedimiento electrónico?,* N° 25, 2012, 359.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Protección de datos de carácter personal,* N° 23 2011, 375.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El procedimiento monitorio civil,* N° 17, 2008, 49.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Un desastre procesal* (Documento electrónico Arts. 342 N° 6 – 348 bis C.P.C.), N° 18, 2008, 239.

ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil,* N° 5, 2002, 47.

OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia,* N° 14, 2006, 25.

PECCHI CROCE, Carlos, y MATURANA MIQUEL, Cristian, *Estudio sobre modificaciones al procedimiento ordinario en el Código de Procedimiento Civil,* N° 5, 2002, 25.

RABAT CELIS, Fernando José, *Procedencia del abandono del procedimiento en la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. La preparación de la ejecución: ¿juicio o mera gestión?,* N° 5, 2002, 109.

RAMÍREZ HERRERA, Rodrigo, *La distribución de la carga de la prueba en los procesos civiles sobre marca comunitaria en España, notas contextuales,* N° 21, 2010, 451.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *La reforma procesal civil en materia probatoria,* N° 21, 2010, 407.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Reforma Procesal Civil,* N° 5, 2002, 9.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Una reforma necesaria (presentación del tema: Reforma Procesal Civil),* N° 5, 2002, 7.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Claves de la Reforma Procesal Civil,* N° 20, 2009, 143.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El rol de la Corte Suprema en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil,* N° 22, 2010, 315.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La nulidad formal de la sentencia civil, estudio en homenaje a la memoria de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda,* N° 15, 2007, 41.

ROMERO SEGUEL, Alejandro, *El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno,* N° 20, 2009, 163.

TAPIA WITTING, Enrique, *Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación,* N° 5, 2002, 53.

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez,* N° 5, 2002, 349.

Derecho Procesal Penal

CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Consideraciones generales de la justicia militar en Chile,* N° 3, 2001, 225.

CEA CIENFUEGOS, Sergio, *Reforma a la justicia militar de Chile,* N° 19, 2009, 403.

FIEGELIST VENTURELLI, Boris, *Importancia de las técnicas de negociación en el nuevo proceso penal,* N° 17, 2008, 59.

MANASEVICH LÓPEZ, Cristián, *Artículo 258 del Código Procesal Penal. Una enmienda que se hace necesaria,* N° 25, 2012, 451.

MARITANO VÁSQUEZ, Miguel, *Inaplicabilidad de la ley penal adolescente en tribunales militares,* N° 18, 2008, 473.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso,* N° 3, 2001, 69.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal,* N° 2, 2000, 131.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil,* N° 15, 2007, 181.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad,* N° 11, 2005, 245.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Son necesarias las reformas procesales?,* N° 6, 2002, 295.

PECCHI CROCE, Carlos, *El procedimiento abreviado en el nuevo Código Procesal Penal,* N° 11, 2005, 119.

PECCHI CROCE, Carlos, y ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Análisis estadístico de los mecanismos de descongestión del juicio oral en el nuevo proceso penal,* N° 7, 2003, 47.

PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *La Reforma Procesal Penal: historia, estado actual y temas pendientes,* N° 2, 2000, 401.

POBLETE ITURRATE, Orlando, *Consideraciones en torno a la vigencia del Código Procesal Penal,* N° 7, 2003, 61.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Presentación (del tema La reforma procesal penal),* N° 7, 2003, 7.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Algunas de las claves del nuevo proceso penal,* N° 7, 2003, 13.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *Desigualdad de trato jurídico en la reforma procesal penal,* N° 12, 2005, 47.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El poder de acusar y la preparación del juicio oral,* N° 9, 2004, 207.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *El recurso de nulidad en el Código Procesal Penal,* N° 6, 2002, 265.

ROJAS SEPÚLVEDA, Mario, *La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal,* N° 6, 2002, 227.

SALAS VIVALDI, Julio, *La nulidad en el Código Procesal Penal. El incidente de nulidad procesal,* N° 10, 2004, 133.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos,* N° 19, 2009, 127.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal,* N° 20, 2009, 127.

5. Derecho Económico y Tributario

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 económico de China y sus actuales desafíos,* N° 9, 2004, 355.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio,* N° 10, 2004, 267.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado,* N° 15, 2007, 219.

CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, *Principio de legalidad tributaria y gravámenes al comercio exterior chileno,* N° 10, 2004, 209.

CRUZ FABRES, Rafael, *Derecho y libre competencia en los mercados ampliados,* N° 1, 2000, 89.

DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria,* N° 2, 2000, 189.

DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones,* N° 8, 2003, 241.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Ley N° 20.322: avances y desafíos respecto de la inspección y sanción de infracciones administrativas en materia tributaria,* N° 26, 2012, 259.

FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, *Los organismos de la defensa de la competencia,* N° 5, 2002, 187.

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria,* N° 5, 2002, 123.

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Sociedades de inversiones y patente municipal,* N° 20, 2009, 801.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura,* N° 13, 2006, 275.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *¿Es aplicable el impuesto al lujo?,* N° 9, 2004, 349.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Estudio jurisprudencial del Tribunal Tributario,* N° 5, 2002, 143.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La infracción tributaria,* N° 2, 2000, 211.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *La titularidad de la acción penal tributaria,* N° 9, 2004.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Proyecto de ley de tribunales tributarios,* N° 14, 2006, 285.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *¿Deben tributar las compensaciones entre cónyuges que regula la nueva Ley de Matrimonio Civil?,* N° 11, 2005, 175.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, y VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *Tratamiento tributario de la compensación económica,* N° 17, 2008, 257.

GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Criterios para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica en Chile,* N° 21, 2010, 255.

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.

HECKER PADILLA, Carlos, *La no discriminación en el derecho de las inversiones internacionales,* N° 26, 2012, 125.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Capital de riesgo: el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por acciones,* N° 16, 2007, 391.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Colisión de bienes jurídicos protegidos entre el derecho de propiedad intelectual e industrial y la libre competencia en los mercados,* N° 21, 2010, 325.

JUPPET EWING, María Fernanda, *La función social del mercado de valores,* N° 13, 2006, 393.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Los ilícitos de carácter plurilateral en materia de libre competencia,* N° 20, 2009, 759.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Personas jurídicas: instrumentos de cooperación entre pequeñas y medianas empresas,* N° 19, 2009, 513.

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.

REYES GARCÍA-HUIDOBRO, Juan Pablo, *Espacio costero marino de pueblos originarios y la suspensión de las concesiones marítimas,* N° 26, 2012, 437.

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,* N° 23, 2011, 423.

CATALDO MUÑOZ, Hugo, y FLORES JOPIA, Eduardo, *Breve reflexión en torno al caso fortuito o fuerza mayor en el derecho del trabajo,* N° 26, 2012, 399.

CORTÁZAR SANZ, René, *Rol del Estado como garante de los derechos fundamentales del hombre en el trabajo,* N° 4, 2001, 271.

FUENZALIDA REYES, Eugenia Paz, *La jurisprudencia de los tribunales laborales en materia de discriminación en Chile: perspectivas y alcances,* N° 26, 2012, 97.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica,* N° 13, 2006, 315.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *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, *Tutela laboral y transformaciones en el mercado del trabajo,* N° 1, 2000, 177.

HALPERN MONTECINO, Cecily, y HUMERES NOGUER, Héctor, *Tendencias legislativas en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Chile, decenio 1999-2009,* N° 20, 2009, 215.

THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena,* N° 4, 2001, 261.

Derecho del Trabajo Individual

BARRIOS BAUDOR, Guillermo L., *Un nuevo concepto de trabajador autónomo: el "económicamente dependiente",* N° 24, 2011, 273.

BERNALES ERRÁZURIZ, Daniel, *Informe sobre ley que modifica duración de descanso postnatal,* N° 25, 2012, 369.

FÁBREGA VEGA, Hugo, y YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Breve análisis crítico sobre la ley de igualdad en las remuneraciones,* N° 20, 2009, 697.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Sobre la actual "semana corrida" en Chile,* N° 19, 2009, 493.

FRAGA YOLI, Andrea, *El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno,* N° 16, 2007, 407.

FRAGA YOLI, Andrea, *Los límites de la subcontratación en la jurisprudencia,* N° 18, 2008, 555.

FRAGA YOLI, Andrea, *Procedencia de la indemnización por daño moral con motivo del término del contrato de trabajo,* N° 20, 2009, 713.

FRAGA YOLI, Andrea, *Una mirada crítica a la regulación legal del acoso laboral en Chile,* N° 19, 2009, 479.

GUIDI MOGGIA, Caterina, *Proyecto de Ley sobre "Uso de medios informáticos en el trabajo". Análisis crítico,* N° 19, 2009, 459.

HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel, y ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, *La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España,* N° 10, 2004, 229.

SERÓN MÖLLER, Natalia, *Implementación del permiso postnatal parental: ¿una solución?*, N° 25, 2012, 385.

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 fuero*, N° 7, 2003, 147.

GONZÁLEZ ZÚÑIGA, Juan, *Reforma laboral; Ley N° 19.759, libro de don Héctor Humeres Noguer, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 333.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Principales alcances de la nueva ley laboral, Ley N° 19.759 (D.O. 05.10.2001)*, N° 5, 2002, 203.

POBLETE JIMÉNEZ, Carlos, y PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *La empresa frente a las pretensiones colectivas de trabajadores ajenos*, N° 20, 2009, 675.

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^{os} 20.022, 20.023 y 20.087)*, N° 14, 2006, 73.

OBERG 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.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2011*, N° 25, 2012, 649.

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2012*, N° 26, 2012, 617.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 2, 2000, 387.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)*, N° 3, 2001, 347.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2001*, N° 4, 2001, 455.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer (SIC)*[1] *Semestre 2001*, N° 5, 2002, 337.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2002*, N° 6, 2002, 359.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2002*, N° 7, 2003, 459.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2003*, N° 8, 2003, 339.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2003*, N° 9, 2004, 397.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 359.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 331.

[1] Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2005,* N° 12, 2005, 241.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2005,* N° 13, 2006, 435.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2006*[2], N° 14, 2006, 307.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2006,* N° 15, 2007, 341.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2009,* N° 20, 2009, 857.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2009,* N° 21, 2010, 567.

CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago),* N° 3, 2001, 337.

CRUZ FABRES, Rafael, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2003,* N° 9, 2004, 393.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Vida estudiantil en la Facultad,* N° 1, 2000, 317.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *VI Congreso Nacional de Ayudantes de Facultades de Derecho,* N° 7, 2003, 77.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2004,* N° 10, 2004, 351.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2004,* N° 11, 2005, 325.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2005,* N° 12, 2005, 231.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2005,* N° 13, 2006, 419.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2006,* N° 14, 2006, 301.

GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina,* N° 9, 2004, 389.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006,* N° 15, 2007, 337.

[2] Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI,* N° 13, 2006, 425.

HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2007,* N° 16, 2007, 509.

HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2007,* N° 17, 2008, 537.

HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2008,* N° 18, 2008, 629.

HURTADO ESPINOZA, Claudia, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2008,* N° 19, 2009, 791.

RIOSECO 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,* N° 17, 2008, 529.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2008,* N° 18, 2008, 619.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2008,* N° 19, 2009, 779.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2009,* N° 20, 2009, 847.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2009,* N° 21, 2010, 559.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2010,* N° 22, 2010, 535.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2010,* N° 23, 2011, 551.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2011,* N° 24, 2011, 427.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2011,* N° 25, 2012, 633.

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2012,* N° 26, 2012, 591.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2001,* N° 4, 2001, 441.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2001,* N° 5, 2002, 325.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2002,* N° 6, 2002, 333.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2002,* N° 7, 2003, 455.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2003,* N° 8, 2003, 333.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago),* N° 2, 2000, 371.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del jurista,* N° 1, 2000, 307.

C. Análisis Jurisprudencial

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *Estado actual de la jurisprudencia en materia de cortes generalizados de suministro eléctrico: una visión crítica,* N° 12, 2005, 197.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *A propósito de la sentencia de la Corte de Estrasburgo sobre el crucifijo: ¿Libertad religiosa contra la religión? Un análisis crítico,* N° 21, 2010, 535.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Comentario de Jurisprudencia Constitucional: un esclarecedor pronunciamiento sobre la intimidad,* Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 2 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 409.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los 19 comerciantes, Excepción Preliminar,* 12 de junio de 2002, N° 7, 2003, 467.

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.

ARAYA FUENTES, Álvaro, y PACHECO QUEZADA, Jaime, *Tribunal Oral Penal Chillán, La autoría en comisión por omisión. La injerencia como fuente del deber de garantía,* Rol N° 179-2011, 24 de agosto de 2011, N° 25, 2012, 583.

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 Termoeléctrica Castilla: análisis de jurisprudencia y algunas reflexiones,* rol N° 7167-2010 de 15 de noviembre de 2010, N° 23, 2011, 513.

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Tribunal Constitucional, Del Catastro público de Aguas: A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional,* rol N° 1578-2009 de 02 de junio de 2011, N° 25, 2012, 557.

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 N° 681-2006, de 26 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 435.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Alcances jurisprudenciales de la semana corrida y pertinencia de la doble instancia en los juicios por reclamación de una multa administrativa, Corte de Apelaciones de Chillán*, Rol 39-2009, 6 de mayo de 2009, N° 20, 2009, 837.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Asignaciones de colación y movilización. Unificación Jurisprudencial en materia laboral, Corte Suprema*, 21 de abril de 2010, N° 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, N° 15, 2007, 325.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *La cosa juzgada en materia procesal laboral, Corte Suprema, Casación*, Rol 3862-2006, 11 de septiembre de 2007, N° 17, 2008, 517.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *La otra mirada de la ley. Comentario sobre sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable en gestión pendiente el artículo 26 bis del Código del Trabajo, Tribunal Constitucional*, Rol 1852-10-INA, 26 de julio de 2011, N° 26, 2012, 559.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario, Corte Suprema*, 9 de mayo de 2006, N° 15, 2007, 297.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos*, 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 299.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, La extraviada juridicidad en materia tributaria*, 02 de enero de 2003 (sic), N° 26, 2012, 539.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Una sentencia que acoge un recurso por ultrapetita que jurídicamente es indiscutible y además... justa*, 02 de agosto de 2011, N° 25, 2012, 571.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, y UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de la acción tributaria en el caso de sentencias dictadas por los "jueces delegados", Corte de Apelaciones de Santiago*, 3 de enero de 2003, N° 20, 2009, 823.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, "De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada y Codelco Chile, División Radomiro Tomic"*, 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 307.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.*, 13 de agosto de 2001, N° 6, 2002, 319.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Retamal Parra con N.P.H. inversiones*, 22 de enero de 2001, N° 4, 2001, 405.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *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.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Doctrina judicial en torno a la prescripción de derechos y acciones laborales: una unificación necesaria*, N° 19, 2009, 683.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Los seis fallos de mayo: ¿un antes y un después?*, N° 18, 2008, 567.

HALPERN MONTECINO, Cecily, y HUMERES NOGUER, Héctor, *Corte Suprema Adrian con Comditex Ltda., Servitex Ltda. y Bordatex Ltda.*, 13 de agosto de 2003, N° 9, 2004, 403.

JUPPET EWING, María Fernanda, *Derecho a litigar, hostigamiento judicial y competencia desleal: El caso Sal Lobos*, N° 18, 2008, 593.

MUÑOZ ECHEVERRÍA, Cecilia, *Tribunal Constitucional y restricción vehicular*, N° 4, 2001, 423.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *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.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ausencia de notificación del auto de prueba, Corte de Apelaciones de Concepción*, Rol 1530-2011, 01 de diciembre de 2011, N° 26, 2012, 551.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia*, N° 19, 2009, 697.

OTERO, Jorge Miguel, y POHL I, Emilio, *Comentario sobre el impuesto al lujo*, N° 9, 2004, 425.

PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable, Corte de Apelaciones de Concepción*, 10 de enero de 2006, N° 15, 2007, 313.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *A propósito de una sentencia sobre uso de información privilegiada, Corte Suprema*, 27 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 255.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre sobreseimiento del senador A. Pinochet,* N° 4, 2001, 429.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *¿Tiene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia facultades para no autorizar una fusión?,* fallo del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 31 de enero de 2008, N° 18, 2008, 577.

RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Ana Mery Tapia Díaz con Empresa de Servicios Integrales Alpes Ltda. y Banco Internacional,* 11 de junio de 2003, N° 10, 2004, 305.

RABAT CELIS, Fernando José, *Corte Suprema, Correcta interpretación de los artículos 152, 430, 432, 469 y 687 del Código de Procedimiento Civil,* 6 de junio, 4 de julio y 13 de noviembre de 2007, N° 17, 2008, 489.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El efecto declarativo de la partición y los patrimonios de la sociedad conyugal, Casación en el fondo,* 21 de julio de 2005, N° 18, 2008, 477.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, El ejercicio de la servidumbre de tránsito: acción y excepción procedentes, Casación en el fondo,* 29 de agosto de 2005, N° 13, 2006, 401.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La acción de precario respecto a un predio reservado de la mujer casada, Casación en el fondo,* 16 de marzo de 2000, N° 9, 2004, 413.

RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *Corte Suprema, La boleta bancaria de garantía y la indemnización de perjuicios compensatoria, Casación en el fondo,* 26 de marzo de 2007, N° 20, 2009, 813.

RIVERA VILLALOBOS, Hugo, *Corte Suprema, Contradicción en sentencias sobre legítima defensa,* 28 de diciembre de 2000 y 3 de junio de 2002, N° 10, 2004, 317.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Corte Suprema, Uso de información privilegiada,* 25 de octubre de 2005, N° 15, 2007, 239.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral,* N° 19, 2009, 703.

UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Corte Suprema, Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa,* 29 de junio de 2000, N° 9, 2004, 417.

UGOLINI TELLO, José Alonso, *Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios,* N° 16, 2007, 479.

D. Recensiones, Publicaciones e Índices

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Derecho y 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 TELLEZ, Julio, *La sentencia de la CIDH en el caso Atala: Una iniciativa para el adoctrinamiento en ideologías radicales. Notas breves a la sentencia del 24 de febrero del 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos,* 24 de febrero de 2012, N° 26, 2012, 577.

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 del 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 del 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 del 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 del 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 del 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 del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 21 (2010)*, N° 21, 2010, 559.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 24 (2011)*, N° 25, 2012, 679.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Saneamiento por vicios ocultos, las acciones edilicias, de José Ramón de Verda y Beamonde,* N° 13, 2006, 441.

CAMPUSANO, Raúl F., *Europa e Iberoamérica, de Eduardo Cuenca,* N° 12, 2005, 247.

CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba, de Hernán Larraín Fernández,* N° 20, 2009, 863.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 2, 2000, 455.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez,* N° 8, 2003, 351.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Nuevo Derecho de Familia. Diversas tendencias, de Hugo Rosende Álvarez,* N° 17, 2008, 551.

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Teoría general del negocio jurídico, de Ramón Domínguez Águila,* N° 26, 2012, 627.

CRUZ FABRES, Rafael, *La Solución de Controversias Comerciales en un Mundo Globalizado, de Gabriela Paiva Hantke y Carlos Cortés Simón,* N° 10, 2004, 403.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Artículos y autores publicados en la revista Actualidad Jurídica, enero de 2000 a julio de 2004,* N° 10, 2004, 415.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Competitividad y adaptación laboral. ¿Cómo está Chile? Una aproximación inicial, de Héctor Humeres Noguer,* N° 16, 2007, 525.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer,* N° 12, 2005, 251.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller,* N° 6, 2002, 479.

FÁBREGA VEGA, Hugo, *Derecho Internacional Privado, de Aldo Monsálvez Müller,* N° 15, 2007, 357.

FÁBREGA VEGA, Hugo, y YÁÑEZ 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, *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.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 27-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 25, 2012, 675.

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 28-2011 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás*, N° 26, 2012, 633.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia, de Santiago Benadava Cattan*, N° 1, 2000, 333.

GANDOLFO G., Pedro, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente*, N° 18, 2008, 637.

GÓMEZ PINTO, Rafael, *El derecho de Quiebras, de Rafael Gómez Balmaceda y Gonzalo Eyzaguirre Smart*, N° 21, 2010, 597.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de Héctor Humeres Noguer*, N° 11, 2005, 341.

HÜBNER GUZMÁN, Ana María, *Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su Homenaje de VV.AA.*, N° 17, 2008, 565.

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.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral, de Julio Salas Vivaldi*, N° 3, 2001, 369.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 10, 2004, 393.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre,* N° 17, 2008, 545.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Discurso de Presentación, pronunciado con ocasión del lanzamiento del libro "Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su Homenaje",* N° 17, 2008, 562.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Las Obligaciones, de René Abeliuk Manasevich,* N° 19, 2009, 801.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno, de Enrique Alcalde Rodríguez,* N° 8, 2003, 345.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 1, 2000, 321.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Nuevo Derecho de Familia, diversas tendencias,* N° 17, 2008, 550.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad Contractual, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 10, 2004, 365.

SARROCA POBLETE, José Miguel, *Derecho Internacional Privado de Aldo Monsálvez Müller,* N° 17, 2008, 601.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo giuridico, de Danilo Zolo,* N° 1, 2000, 341.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *La resistencia de las Constituciones Nacionales, de Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton,* N° 25, 2012, 663.

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 Noguer,* N° 21, 2010, 599.

YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Las Facultades y Deberes del Juez en materia probatoria en el Proceso Laboral. Análisis Crítico, de Raúl Fernández Toledo,* N° 25, 2012, 673.

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, *A la memoria de Ernesto Silva Bafalluy,* N° 25, 2012, 9.

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, *Libertad de expresión, bien jurídico protegido,* N° 26, 2012, 443.

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 intimidad,* 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 morbosa 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 TELLEZ, Julio, *La sentencia de la CIDH en el caso Atala: Una iniciativa para el adoctrinamiento en ideologías radicales. Notas breves a la sentencia del 24 de febrero del 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos,* 24 de febrero de 2012, N° 26, 2012, 577. (CJ).

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 proyectos de reforma constitucional en materia de educación: Análisis de una incógnita,* N° 25, 2012, 29.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *Los supuestos derechos animales y medioambientales ante la Constitución de 1980: una contradicción vital,* N° 4, 2001, 189.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización, de Miguel Ayuso T.,* N° 15, 2007, 353. (R).

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *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 COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, *Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación "antidiscriminación" (Y algunos comentarios acerca del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación)*, N° 26, 2012, 9.

ALVEAR TÉLLEZ, Julio, y FÁBREGA VEGA, Hugo, *Análisis crítico del proyecto de ley sobre eutanasia y sus antecedentes legislativos*, N° 15, 2006, 261.

ÁLVEZ MARÍN, Amaya, *Una experiencia práctica en la enseñanza de la Ética*, N° 6, 2002, 63.

AMENÁBAR ATRIA, Felipe, *Los derechos del paciente frente a la responsabilidad*, N° 7, 2003, 105.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Análisis crítico sobre los principios doctrinarios y positivos del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional español (un análisis desde el entorno hispanoamericano)*, N° 18, 2008, 219.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Bibliografía Jurídica Chilena, 2007, de Felipe Vicencio Eyzaguirre y Jaime Bassa Mercado*, N° 19, 2009, 797. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Esquema del Derecho de Familia Indiano, de Antonio Dougnac Rodríguez*, N° 9, 2004, 435. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Evolución (o involución) de la Constitución Política de la República a 20 años de su promulgación, notas sobre las reformas a la Carta del 80*, N° 4, 2001, 173.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *El Gobierno de las Indias, de Javier Barrientos Grandón*, N° 11, 2005, (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación, I. Ius Commune- Ius Propium en las Indias Occidentales, de Javier Barrientos Grandón*, N° 4, 2001, 473. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad del 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 del 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 del 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 del 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 del 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 del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 21 (2010)*, N° 21, 2010, 559. (R).

ANDRADES RIVAS, Eduardo, *Índice de la Revista* Actualidad Jurídica, *Facultades de Derecho Universidad del Desarrollo, Concepción-Santiago. N° 1 (2000) a 24 (2011)*, N° 25, 2012, 679.

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.

ARAYA FUENTES, Álvaro, y PACHECO QUEZADA, Jaime, *Tribunal Oral Penal Chillán, La autoría en comisión por omisión. La injerencia como fuente del deber de garantía*, Rol N° 179-2011, 24 de agosto de 2011, N° 25, 2012, 583. (CJ).

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).

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Segundo Semestre de 2011*, N° 25, 2012, 649. (VA).

ARCAS ACEVEDO, Soledad, *Actividades de la Facultad de Derecho, Sede Concepción, Primer Semestre de 2012*, N° 26, 2012, 617. (VA).

Revista ACTUALIDAD JURIDICA Nº 27 - Enero 2013 Universidad del Desarrollo

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Audiencia pública y ejercicio de la potestad reglamentaria,* N° 12, 2005, 113.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *De la adjudicación en los contratos administrativos,* N° 15, 2007, 171.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Dónde van superintendencias y fiscalías: un pronóstico de futuros,* N° 20, 2009, 569.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Formando abogados analistas,* N° 19, 2009, 579.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La Contraloría hoy,* N° 16, 2007, 127.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La estabilidad de los contratos administrativos,* N° 6, 2002, 191.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *La seguridad jurídica en mercados regulados. Un modelo de aproximación básica,* N° 21, 2010, 317.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Licitación pública: concepto, principios y tramitación,* N° 13, 2006, 291.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los derechos adquiridos de nuevo en entredicho: ¿Limitación o expropiación parcial?,* Tribunal Constitucional, rol N° 505-06, 6 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 423. (CJ).

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Los dictámenes y la interpretación de la ley en sede administrativa,* N° 14, 2006, 149.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Prescripción de sanciones administrativas: un pronunciamiento relevante (a propósito del Dictamen 28.226 de 2007 de la Contraloría General de la República),* Contraloría, dictamen 28.226, 11 de junio de 2007, N° 17, 2008, 467. (CJ).

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., *Parques Nacionales: un espacio para el desarrollo económico ambientalmente sustentable,* N° 16, 2007, 171.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, y MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro A., *Informe en Derecho,* N° 4, 2001, 379.

ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC),* N° 20, 2009, 729.

ARROYO MATTEUCCI, Marcela Valeria, *Innovación, investigación y desarrollo (I+D), y propiedad industrial,* N° 25, 2012, 469.

ASTROZA SUÁREZ, Paulina, *Doctrina Bush: ¿tercera excepción a la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza?,* N° 8, 2003, 31.

AUBERT, Gabriel, *La jurisdicción del trabajo: la experiencia de Ginebra,* N° 14, 2006, 67.

BARCELÓ, Joaquín, *La subversión de valores y la historia,* N° 10, 2004, 79.

BARCIA LEHMAN, Rodrigo, *Los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho,* N° 7, 2003, 293.

BARRIOS BAUDOR, Guillermo L., *Un nuevo concepto de trabajador autónomo: el "económicamente dependiente",* N° 24, 2011, 273.

BATES HIDALGO, Luis, *Corrupción: concepto y aspectos penales,* N° 6, 2002, 35.

BATES HIDALGO, Luis, *Derecho en la Educación,* N° 21, 2010, 153.

BATES HIDALGO, Luis, *La justicia y la formación de abogados,* N° 8, 2003, 327.

BATES HIDALGO, Luis, *Reflexiones sobre la justicia,* N° 14, 2006, 43.

BATES HIDALGO, Luis, *Responsabilidad penal de los adolescentes,* N° 16, 2007, 107.

BERNALES ERRÁZURIZ, Daniel, *Informe sobre ley que modifica duración de descanso postnatal,* N° 25, 2012, 369.

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.

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).

BOETTIGER PHILLIPS, Camila, *Tribunal Constitucional, Del Catastro público de Aguas: A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional,* rol N° 1578-2009 de 02 de junio de 2011, N° 25, 2012, 557. (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.

BRAVO VALLEJOS, Rodrigo, y JUPPET EWING, María Fernanda, *Cuestionamiento de validez del mandato para completar pagarés y letras de cambio en blanco como parte de un contrato de adhesión,* N° 25, 2012, 489.

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 Sudmericanos,* 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., *Pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materias de contenido ambiental,* N° 26, 2012, 279.

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 FAHRENKRUG, Conrad, *Régimen jurídico de la propiedad intelectual a través de los tratados de libre comercio suscritos por Chile,* N° 25, 2012, 531.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y GUTIÉRREZ, Daniela, *Energía nuclear en Chile: elementos para el debate,* N° 17, 2008, 453.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *¿Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Gabcikovo-Nagymaros y el caso Papeleras Argentina-Uruguay,* N° 14, 2006, 179.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y MORAGA, Pamela, *Innovación científica y tecnológica: rol del derecho, del Estado y del sector privado,* N° 15, 2007, 219.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y ASTUDILLO SEPÚLVEDA, José Manuel, *La libertad de expresión en el derecho norteamericano,* N° 20, 2009, 635.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Cláusulas ambientales de excepción contenidas en los tratados de libre comercio suscritos por Chile, en el contexto del GATT y la OMC,* N° 19, 2009, 651.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y ROMERO ZURBUCHEN, Pablo A., *Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común,* N° 18, 2008, 395.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ascenso económico de China y sus actuales desafíos,* N° 9, 2004, 355.

CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F., y SILVA BESA, Eduardo, *El ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio,* N° 10, 2004, 267.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La enseñanza del derecho: ¿clase magistral o método activo?,* N° 2, 2000, 127.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción),* N° 2, 2000, 387. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción),* N° 3, 2001, 347. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2001,* N° 4, 2001, 455. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer (SIC)*[3] *Semestre 2001,* N° 5, 2002, 337. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2002,* N° 6, 2002, 359. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2002,* N° 7, 2003, 459. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2003,* N° 8, 2003, 339.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2003,* N° 9, 2004, 397. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2004,* N° 10, 2004, 359. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2004,* N° 11, 2005, 331. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2005,* N° 12, 2005, 241. (VA).

[3] Corresponde en verdad al segundo semestre de 2001.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2005,* N° 13, 2006, 435. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2006*[4], N° 14, 2006, 307. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2006,* N° 15, 2007, 341. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Primer Semestre 2009,* N° 20, 2009, 857. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Actividades de la Facultad de Derecho (Concepción) Segundo Semestre 2009,* N° 21, 2010, 567. (VA).

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria (Incidencias de las modificaciones recientes a la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución),* N° 8, 2003, 95.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La imprevisión,* N° 15, 2007, 141.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La ley de venta en verde: las modificaciones introducidas por las leyes 19.932 y 20.007 a la promesa de compraventa de inmuebles que no cuentan con recepción definitiva y a la compraventa de inmuebles hipotecados,* N° 20, 2009, 509.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *La reforma al derecho de las garantías en Francia: perspectivas para un devenir en Chile,* Separata N° 16, 2007, 53.

CAPRILE BIERMANN, Bruno, *Los 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 Beamonde,* N° 13, 2006, 441. (R).

CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos, *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos,* N° 5, 2002, 255.

CÁRDENAS SEPÚLVEDA, Carlos Patricio, *Derecho de reclamo del propietario afectado por una expropiación por causa de utilidad pública,* N° 7, 2003, 437.

CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Evaluación ambiental estratégica y procedimiento administrativo: legalidad, supletoriedad y funcionalidad,* N° 25, 2012, 421.

[4] Por una errata en el texto se consigna el año 2005, siendo lo correcto indicar el año 2006.

CARRASCO QUIROGA, Edesio, *Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba, de Hernán Larraín Fernández,* N° 20, 2009, 863. (R).

CARREÑO NIGRO, Héctor, *La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile,* N° 3, 2001, 243.

CARREÑO NIGRO, Héctor, *Responsabilidad de los Administradores en una Sociedad Colectiva,* N° 2, 2000, 253.

CARROZA ESPINOZA, Mario, *En búsqueda del consenso,* N° 15, 2007, 19.

CARTES MONTORY, Armando, *Municipio y medio ambiente: atribuciones y deberes,* N° 7, 2003, 425.

CASTRO GONZÁLEZ, Fernando, *Adecuación de la legislación marcaria chilena a tratados internacionales,* N° 2, 2000, 81.

CATALDO MUÑOZ, Hugo, y FLORES JOPIA, Eduardo, *Breve reflexión en torno al caso fortuito o fuerza mayor en el derecho del trabajo,* N° 26, 2012, 399.

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, *Discriminación y género en la jurisprudencia de los EE.UU.,* N° 26, 2012, 137.

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).

CORRAL TALCIANI, Hernán, *Teoría general del negocio jurídico, de Ramón Domínguez Águila,* N° 26, 2012, 627. (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, *Comentario a los proyectos de reforma constitucional que inciden en el derecho a la libertad de enseñanza,* N° 25, 2012, 13.

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.

DEVOTO BERRIMAN, Carolina, *El método de resolución de casos en la enseñanza del derecho,* N° 25, 2012, 503.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos,* N° 18, 2008, 69.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Desprotección constitucional frente a los derechos municipales,* Fallo del tribunal Constitucional, rol N° 1034-08, de 7 de octubre de 2008, N° 19, 2009, 757. (CJ).

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal,* Sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 681-2006, de 26 de marzo de 2007, N° 16, 2007, 435. (CJ).

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes,* N° 20, 2009, 35.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Presentación del Seminario "Sentencias de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad y sus efectos",* N° 17, 2008, 163.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Reflexiones previas y necesarias para un análisis jurídico de la discriminación positiva (affirmative action),* N° 17, 2008, 195.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, *Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado,* N° 16, 2007, 23.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, y VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *El principio de irretroactividad de las sanciones debe aplicarse en forma estricta: el caso del artículo 4° de la Ley Chilecompra*, N° 21, 2010, 225.

DÍAZ MUÑOZ, Ana María, *Nueva institucionalidad sindical (Modificaciones introducidas por la ley N° 19.759)*, N° 5, 2002, 211.

DÍAZ NIEVA, José, *Breve aproximación a los sistemas electorales*, N° 4, 2001, 317.

DÍAZ NIEVA, José, y ANDRADES RIVAS, Eduardo, *La figura de los senadores institucionales en la Constitución chilena de 1980*, N° 4, 2001, 57.

DÍAZ URIBE, Hugo Antonio, *Las transformaciones legales en materia de justicia vistas por los abogados*, N° 14, 2006, 55.

DÍEZ SCHWERTER, José Luis, *La culpa en la responsabilidad civil en Chile: algunos comentarios a partir de la ponencia de Fabricio Mantilla*, Separata N° 16, 2007, 35.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Aspectos del daño como elemento de la responsabilidad civil*, N° 2, 2000, 327.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil*, N° 15, 2007, 83.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Las reformas al derecho sucesoral de la Ley N° 19.585*, N° 1, 2000, 233.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Presentación del Seminario Internacional Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata N° 16, 2007, 7.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?*, N° 2, 2000, 347.

DONOSO R., Sebastián, *Las regulaciones: un análisis desde el derecho y las políticas públicas*, N° 14, 2006, 233.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano*, N° 3, 2001, 95.

DUMAY PEÑA, Alejandro, *Mitos de la jurisprudencia tributaria*, N° 2, 2000, 189.

DUMAY PEÑA, Alejandro, *Privación de crédito fiscal I.V.A. por inexistencia de las operaciones*, N° 8, 2003, 241.

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.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Ley N° 20.322: avances y desafíos respecto de la inspección y sanción de infracciones administrativas en materia tributaria*, N° 26, 2012, 259.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Normas "circunstanciales"*, N° 25, 2012, 217.

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 YÁÑEZ 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, *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, *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, *La otra mirada de la ley. Comentario sobre sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable en gestión pendiente el artículo 26 bis del Código del Trabajo, Tribunal Constitucional*, Rol 1852-10-INA, 26 de julio de 2011, N° 26, 2012, 559. (CJ).

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 YÁÑEZ 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,* N° 2, 2000, 383. (VA).

FACULTAD DE DERECHO, CONCEPCIÓN, Separata Revista N° 16, *Seminario Internacional, reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno, Manifestación del capítulo chileno de Association Henri Capitant,* julio de 2007.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Algunos antecedentes sobre el juicio ciudadano respecto de cuestiones jurídicas relevantes,* N° 24, 2011.

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aspectos fundamentales de la realidad nacional,* N° 4, noviembre de 2003. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Aumento y control de la delincuencia,* N° 6, julio de 2005. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Cultura Cívica de la ciudadanía,* N° 3, mayo de 2003. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Delincuencia, tribunales y corrupción,* N° 17, septiembre de 2007. (S).

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Independencia del Poder Judicial,* N° 5, julio de 2004. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, La opinión de los abogados,* N° 7, julio de 2006. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Opinión ciudadana ante la emergencia,* N° 11, abril de 2010. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Preferencias y enjuiciamiento ciudadano a las instituciones,* N° 12, julio de 2011. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudios de opinión pública, Sobre la Profesión de Abogado,* N° 2, diciembre de 2002. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Estudio de opinión pública, Tribunales de Justicia: Radiografía a los prejuicios,* N° 1, octubre de 2002. (S)

FACULTAD DE DERECHO, SANTIAGO, *Mundo Laboral, "La Realidad del Trabajo Hoy",* N° 1, diciembre de 2007. (S).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *30 años de la Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso,* N° 5, 2002, 359. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Homenaje al profesor de Derecho Penal don Miguel Schweitzer Speisky,* N° 19, 2009, 61. (H).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 3, 1999, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 3, 2001, 357. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 5, 2000 y N° 6, 2001, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 4, 2001, 476. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 7 (septiembre 2001) de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 5, 2002, 357. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 8 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 7, 2003, 481. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 10 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 8, 2003, 355. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 11 y N° 12 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 10, 2004, 411. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 14-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 12, 2005, 256. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 15-2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 13, 2006, 447. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 16-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 14, 2006, 319. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 17-2006 de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 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, *Ius Publicum N° 27-2012 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 25, 2012, 675. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Ius Publicum N° 28-2011 de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás,* N° 26, 2012, 633. (R).

FACULTAD DE DERECHO, Sede Santiago, *Semblanza de don Eleodoro Ortiz Sepúlveda,* N° 15, 2007, 35.

FELIÚ DE ORTÚZAR, Olga, *Los organismos de la defensa de la competencia,* N° 5, 2002, 187.

FELIU SEGOVIA, Olga, *El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios,* N° 1, 2000, 71.

FEMENIAS SALAS, Jorge Andrés, *Reflexiones sobre la teoría del hecho jurídico en la labor de jueces y juristas,* N° 21, 2010, 209.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley,* N° 17, 2008, 175.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, *La normativa de prevención del lavado de dinero y su inclusión en el ordenamiento jurídico chileno,* N° 7, 2003, 359.

FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, *Miguel Schweitzer Speisky: Penalista,* N° 19, 2009, 63. (H).

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Sergio, *Empresas individuales de responsabilidad limitada, Ley N° 19.857, de 11 de febrero de 2003,* N° 8, 2003, 113.

FIEGELIST VENTURELLI, Boris, *Importancia de las técnicas de negociación en el nuevo proceso penal*, N° 17, 2008, 59.

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *El Estado de Derecho y la Justicia Tributaria*, N° 5, 2002, 123.

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Las cesiones gratuitas de terrenos en la normativa urbanística chilena*, N° 4, 2001, 393.

FIGUEROA VELASCO, Patricio, *Sociedades de inversiones y patente municipal*, N° 20, 2009, 801.

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, *¿Para qué sirve el matrimonio?*, N° 9, 2004, 31.

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2004*, N° 10, 2004, 351. (VA).

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2004*, N° 11, 2005, 325. (VA).

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2005*, N° 12, 2005, 231. (VA).

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2005*, N° 13, 2006, 419. (VA).

FRAGA YOLI, Andrea, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Primer Semestre 2006*, N° 14, 2006, 301. (VA).

FRAGA YOLI, Andrea, *El mobbing y su regulación en el derecho laboral chileno*, N° 16, 2007, 407.

FRAGA YOLI, Andrea, *Los límites de la subcontratación en la jurisprudencia*, N° 18, 2008, 555.

FRAGA YOLI, Andrea, *Procedencia de la indemnización por daño moral con motivo del término del contrato de trabajo*, N° 20, 2009, 713.

FRAGA YOLI, Andrea, *Una mirada crítica a la regulación legal del acoso laboral en Chile*, N° 19, 2009, 479.

FUENZALIDA REYES, Eugenia Paz, *La jurisprudencia de los tribunales laborales en materia de discriminación en Chile: perspectivas y alcances*, N° 26, 2012, 97.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Derecho Internacional y Derecho Interno*, N° 2, 2000, 23.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional*, N° 6, 2002, 155.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *El límite marítimo entre Chile y Perú,* N° 10, 2004, 199.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *La guerra angloamericana contra Irak y el derecho internacional,* N° 8, 2003, 49.

GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Recuerdos de la Mediación Pontificia, de Santiago Benadava Cattan,* N° 1, 2000, 333. (R).

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho internacional del trabajo y las cláusulas sociales: el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica,* N° 13, 2006, 315.

GANDOLFO G., Pedro, *Lecciones de Introducción al Derecho, de Jaime Williams Benavente,* N° 18, 2008, 637. (R).

GARCÍA ASPILLAGA, Pedro, *Sobre la judicialización de la medicina,* N° 9, 2004, 389. (VA).

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura,* N° 13, 2006, 275.

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Comentario de jurisprudencia relacionado a la prescripción de la acción del Fisco (Servicio de Impuestos Internos) para el caso de aplicación de sanciones pecuniarias por presunto delito tributario, Corte Suprema,* 9 de mayo de 2006, N° 15, 2007, 297. (CJ).

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Compañía Pesquera San Pedro con Servicio de Impuestos Internos,* 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 299. (CJ).

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, La extraviada juridicidad en materia tributaria,* 02 de enero de 2003 (sic), N° 26, 2012, 539. (CJ).

GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Corte Suprema, Una sentencia que acoge un recurso por ultrapetita que jurídicamente es indiscutible y además... justa,* 02 de agosto de 2011, N° 25, 2012, 571. (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 Noguer, discurso de presentación*, N° 5, 2002, 333.

GOÑI GARRIDO, Carlos, *El seguro de responsabilidad civil y su creciente importancia en el nuevo escenario de la responsabilidad*, N° 19, 2009, 25.

GREBE BARROS, Gonzalo, *Responsabilidad Médica,* N° 3, 2001, 149.

GRIMALDI, Michel, *La reforma del derecho francés del divorcio,* N° 14, 2006, 201.

GUIDI MOGGIA, Caterina, *Proyecto de Ley sobre "Uso de medios informáticos en el trabajo". Análisis crítico,* N° 19, 2009, 459.

GUTIÉRREZ IRARRÁZAVAL, Juan Francisco, y SANTANA HERNÁNDEZ, Nicolás, *Notas sobre la responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas,* N° 25, 2012, 283.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones,* N° 3, 2001, 123.

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago), Segundo Semestre 2006,* N° 15, 2007, 337. (VA).

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Concepto de obligaciones laborales y previsionales según la jurisprudencia: límites a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, "De Miguel Alarcón con Outokumpu Indepro Ingeniería Limitada y Codelco Chile, División Radomiro Tomic",* 29 de septiembre de 2004, N° 11, 2005, 307. (CJ).

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, Espinoza Cortés y otro contra Sociedad Minera El Molino Ltda.,* 13 de agosto de 2001, N° 6, 2002, 319. (CJ).

HALPERN MONTECINO, Cecily, *Corte Suprema, 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 Noguer,* 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.

HECKER PADILLA, Carlos, *La no discriminación en el derecho de las inversiones internacionales,* N° 26, 2012, 125.

HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel y ROLDÁN MARTÍNEZ, Aranzazu, *La igualdad de trato por razón de sexo en el acceso y permanencia en el trabajo. Especial referencia a las políticas de empleo femenino en España,* N° 10, 2004, 229.

HÜBNER GUZMÁN, Ana María, *Jorge Iván Hübner Gallo. Estudios en su Homenaje de VV.AA.,* N° 17, 2008, 565. (R).

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Algunos comentarios a la ley N° 20.253 en materia de reincidencia,* N° 18, 2008, 491.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Participación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en la XLI Conferencia de la FIA (Federación Interamericana de Abogados). Retos de la abogacía en los albores del siglo XXI,* N° 13, 2006, 425. (VA).

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *¿Caben la tentativa y la frustración en las estafas a las compañías de seguro?,* N° 14, 2006, 219.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Principales modificaciones al Libro I del Código Penal en los últimos 10 años (periodo 1999-2009),* N° 20, 2009, 347.

HUIDOBRO MARTÍNEZ, Sergio, *Proyecto de ley chileno que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN*, N° 11, 2005, 139.

HUMERES NOGUER, HÉCTOR, *La reforma al procedimiento contemplado en el Código del Trabajo (Referencia a las Leyes N[os] 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, *¿El orden de los factores altera el producto?: Nuevos riesgos de expropiación en América Latina*, N° 26, 2012, 421.

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.

LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *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,* N° 25, 2012, 439.

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).

MANASEVICH LÓPEZ, Cristián, *Artículo 258 del Código Procesal Penal. Una enmienda que se hace necesaria,* N° 25, 2012, 451.

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.

MOHOR ABUAUAD, Salvador, *Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005,* N° 25, 2012, 237.

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.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* N° 26, 2012, 63.

NOVOA ALDUNATE, Eduardo, *Algunas consideraciones acerca de los principios limitadores del* ius puniendi *estatal y la expansión del derecho penal,* N° 15, 2007, 191.

NOVOA ZEGERS, Juan Pablo, *Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa,* N° 18, 2008, 431.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *"Derecho procesal penal chileno" de María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle,* N° 17, 2008, 587. (R).

NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Hacia un nuevo proceso civil en Chile. Un estudio sobre el movimiento de reforma de la justicia civil al sur del mundo,* N° 17, 2008, 29.

OBERG YÁNEZ, Héctor, *Apelación laboral,* N° 14, 2006, 91.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *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).

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ausencia de notificación del auto de prueba, Corte de Apelaciones de Concepción,* Rol 1530-2011, 01 de diciembre de 2011, N° 26, 2012, 551. (CJ).

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Comentario de jurisprudencia,* N° 19, 2009, 697. (CJ).

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Dación administrativa de la posesión efectiva de la herencia,* N° 13, 2006, 233.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El procedimiento monitorio civil,* N° 17, 2008, 49.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *El proceso penal oral y el debido proceso,* N° 3, 2001, 69.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Estudio de las disposiciones transitorias de la Ley N° 19.665 sobre Reforma Procesal Penal,* N° 2, 2000, 131.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Jurisprudencia, ¿sirve para algo?,* N° 21, 2010, 403.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La ajenidad del juez,* N° 19, 2009, 397.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil),* N° 8, 2003, 165.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *La involución del procedimiento de calificación de quiebra,* N° 9, 2004, 225.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Ley de responsabilidad penal juvenil,* N° 15, 2007, 181.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral, de Julio Salas Vivaldi,* N° 3, 2001, 369. (R).

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Máximas de experiencia,* N° 10, 2004, 167.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Mejorar la justicia?,* N° 12, 2005, 25.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Otra innovación en la protección de los derechos de los consumidores (SERNAC FINANCIERO),* N° 26, 2012, 323.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Popurrí procesal,* N° 5, 2002, 99.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *Privaciones y restricciones de libertad,* N° 11, 2005, 245.

OBERG YÁÑEZ, Héctor, *¿Procedimiento electrónico?,* N° 25, 2012, 359.

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.

OLIVARES GUZMÁN, Isabel, *Los proveedores frente al Estado a la luz de la Ley de Compras Públicas,* N° 25, 2012, 481.

OÑATE VERA, Emilio A., *La importancia del control en la administración del Estado,* N° 25, 2012, 343.

OÑATE VERA, Emilio A., *Las licencias de conducir profesionales y la implementación del sistema por puntos en la Ley de Tránsito*, N° 26, 2012, 459.

OROZCO ARGOTE, Iris del Rocío, *Las denominaciones de origen en México*, N° 17, 2008, 385.

ORTIZ SEPÚLVEDA, Eleodoro, *Posibles modificaciones al Libro I del Código de Procedimiento Civil*, N° 5, 2002, 47.

OTERO, Jorge Miguel y POHL I, Emilio, *Comentario sobre el impuesto al lujo*, N° 9, 2004, 425. (CJ).

OTERO LATHROP, Miguel, *Visión limitada y crítica de algunos aspectos del funcionamiento de los tribunales de justicia*, N° 14, 2006, 25.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas*, N° 9, 2004, 371.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Comportamiento contractual de buena fe. ¿Impone la buena fe deberes de conducta?*, N° 10, 2004, 287.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Daños por violencia intrafamiliar*, N° 14, 2006, 215.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Función judicial y Estado de Derecho*, N° 11, 2005, 47.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Ineficacia de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo celebrados por adhesión. Una aparente antinomia*, N° 11, 2005, 267.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Notas sobre la omisión en el derecho de daños. Su tipicidad y antijuricidad*, N° 8, 2003, 309.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad contractual, de Pablo Rodríguez Grez*, N° 10, 2004, 393. (R).

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho*, N° 7, 2003, 325.

OYANEDER DAVIES, Patricio, *Tendencias actuales en el Derecho de Contratos, 150 años del Código de Bello*, N° 12, 2005, 99.

PACHECO QUEZADA, Jaime, *Comentario de jurisprudencia sobre la aplicación de la ley penal más favorable, Corte de Apelaciones de Concepción*, 10 de enero de 2006, N° 15, 2007, 313. (CJ).

PACHECHO QUEZADA, Jaime, *Distinción jurisprudencial entre autoría y complicidad en el delito de tráfico de drogas*, N° 25, 2012, 457.

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.

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.

QUINTERO FUENTES, David, *La importancia de la "Teoría de la Justicia" de John Rawls para la solución de problemas de ética normativa*, N° 26, 2012, 339.

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.

RABAT CELIS, Fernando José, y MAURIZIANO CONCHA, Francesca, *Teoría de la posesión inscrita,* N° 26, 2012, 357.

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 GARCÍA-HUIDOBRO, Juan Pablo, *Espacio costero marino de pueblos originarios y la suspensión de las concesiones marítimas,* N° 26, 2012, 437.

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 PAÑAILILLO, 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 la memoria de Ernesto Silva Bafalluy,* N° 25, 2012, 9. (H).

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, *Daño moral: un laberinto jurídico,* N° 25, 2012, 83.

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 contrato de tracto sucesivo: una tipología especial,* N° 26, 2012, 169.

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 ¿Nuevas normas constitucionales sobre la educación? Los proyectos pendientes)*, N° 25, 2012, 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 Pugna valórica y errores de la ley antidiscriminación)*, N° 26, 2012, 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 SEGUEL, Alejandro, *El concepto de parte y de interviniente en la reforma al proceso civil chileno,* N° 20, 2009, 163.

ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Derechos y deberes en el acto médico,* N° 6, 2002, 45.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Alcances del legítimo contradictor en las acciones de filiación,* N° 13, 2006, 137.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca de los principios que rigen a los actos jurídicos de derecho privado,* N° 5, 2002, 163.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunas consideraciones acerca del Estatuto de la Filiación,* N° 1, 2000, 259.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos aspectos acerca de las nuevas tendencias sobre la responsabilidad civil extracontractual,* N° 2, 2000, 277.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Algunos efectos prácticos relacionados con la aplicación de la Ley de Matrimonio Civil e instalación de los Tribunales de Familia,* N° 20, 2009, 195.

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Discurso de presentación al libro de homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez,* N° 21, 2010, 577. (H).

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho a la intimidad y a la honra frente a la indemnización del daño moral,* N° 19, 2009, 703. (CJ).

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *El derecho como creación colectiva, de Pablo Rodríguez Grez,* N° 1, 2000, 321. (R).

ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *¿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 pugna valórica en la ley que establece medidas contra la discriminación arbitraria*, N° 26, 2012, 31.

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.

SERÓN MÖLLER, Natalia, *Implementación del permiso postnatal parental: ¿una solución?,* N° 25, 2012, 385.

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).

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Segundo Semestre 2011,* N° 25, 2012, 633. (VA).

SILES DEL VALLE, Trinidad, *Actividades de la Facultad de Derecho (sede Santiago) Primer Semestre 2012,* N° 26, 2012, 591. (VA).

SILVA ABBOTT, Max, *Derecho, política y valores en Norberto Bobbio,* N° 12, 2005, 177.

SILVA ABBOTT, Max, *Ley de divorcio: ¿sigue siendo el derecho de familia de orden público?,* N° 9, 2004, 83.

SILVA ABBOTT, Max, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación,* N° 10, 2004, 83.

SILVA MÉNDEZ, Ernesto, *Introducción a la Economía Política Constitucional,* N° 18, 2008, 189.

SOTO KLOSS, Eduardo, *"Acto u omisión ilegal" en el artículo 20, inciso 2°, de la Constitución: ¿una reforma inútil?,* N° 15, 2007, 161.

SOTO KLOSS, Eduardo, *La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial,* N° 3, 2001, 303.

SOTO LARREÁTEGUI, Josefina, *La responsabilidad del Estado-Municipalidad,* N° 7, 2003, 183.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *¿Hay una ética de los abogados?,* N° 6, 2002, 13.

TAGLE MARTÍNEZ, Hugo, *La verdadera tercera vía*: N° 1, 2000, 161.

TAPIA ELORZA, Eduardo, *Las cláusulas abusivas en el derecho del consumo y el crédito al consumo,* N° 4, 2001, 299.

TAPIA WITTING, Enrique, *Proposición de modificaciones al Código de Procedimiento Civil en materia de recursos de apelación y casación,* N° 5, 2002, 53.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos,* N° 19, 2009, 127.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Retrospectiva y perspectivas de la reforma procesal penal,* N° 20, 2009, 127.

TERNERA BARRIOS, Francisco, *Apuntes sobre la "concurrencia" de regímenes en la responsabilidad civil médica,* Separara N° 16, 2007, 65.

THAYER ARTEAGA, William, *El Nuevo procedimiento laboral, Proyecto antiguo y ley precipitada,* N° 18, 2008, 519.

THAYER ARTEAGA, William, *Impacto de las encíclicas sociales en la legislación social chilena,* N° 4, 2001, 261.

THOMAS, Vincent (Trad. de Carlos Hecker Padilla), *La entrada, contrato de acceso al estadio en el derecho francés,* N° 26, 2012, 479.

UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Prescripción de los delitos e infracciones a la legislación tributaria,* N° 8, 2003, 227.

UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Reforma a la justicia tributaria,* N° 5, 2002, 129.

UGALDE PRIETO, Rodrigo, *Corte Suprema, Sentencia que constituye una sanción a la creación de hechos gravados por la vía administrativa,* 29 de junio de 2000, N° 9, 2004, 417. (CJ).

UGALDE PRIETO, Rodrigo, y GARCÍA ESCOBAR, Jaime, *Plazos de prescripción en materia tributaria,* N° 18, 2008, 499.

UGARTE GODOY, José Joaquín, *El matrimonio es por su naturaleza indisoluble,* N° 9, 2004, 37.

UGOLINI TELLO, José Alonso, *Una nueva atribución de la Dirección del Trabajo: la calificación de las garantías que deben constituir las empresas de servicios transitorios,* N° 16, 2007, 479. (CJ).

VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *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.

VALDIVIA PÉREZ, Julio César, *Los acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia,* N° 21, 2010, 89.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El interés exigido para impetrar la nulidad absoluta en el Código Civil,* N° 9, 2004, 197.

VARAS BRAUN, Juan Andrés, *El negocio jurídico como acto de lenguaje,* N° 7, 2003, 263.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Consideraciones sobre los desafíos que el Derecho Ambiental impone a la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno,* N° 24, 2011, 355.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Derecho ambiental como derecho público. Instrumentos de la política ambiental,* N° 22, 2010, 377.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Desarrollo sustentable, ¿un paradigma en crisis?,* N° 26, 2012, 497.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Evaluación ambiental estratégica: instrumento sustantivo de regionalización*, N° 26, 2012, 301.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Fundamentos de la relación entre ambiente y energía. Derecho Ambiental: el factor de equilibrio entre ambos*, N° 25, 2012, 513.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Las fases esenciales de la responsabilidad ambiental: preventiva y correctiva, instituciones comparadas entre el derecho norteamericano y el chileno*, N° 21, 2010, 49.

VARELA DEL SOLAR, Jorge Luis, *Revisión de dos tratados ecológicos y su comparación*, N° 23, 2011, 281.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *Carl Schmitt. La agonía del Ius Publicum Europaeum*, N° 13, 2006, 343.

VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio, *I signori della pace (Los señores de la Paz), una crítica del globalismo giuridico, de Danilo Zolo*, N° 1, 2000, 341. (R).

VELÁSQUEZ GARROTE, Virna, *El acceso a la justicia de los consumidores: las acciones de los intereses supraindividuales*, N° 9, 2004, 321.

VELOSO VALENZUELA, Paulina, *Algunas reflexiones sobre la compensación económica*, N° 13, 2006, 171.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Consideraciones críticas acerca de la irrelevancia invalidante del error iuris en el Derecho Civil chileno*, N° 13, 2006, 189.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *El acceso a la profesión de abogado en España*, N° 16, 2007, 51.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento*, N° 15, 2007, 93.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio de derecho comparado sobre la promesa de matrimonio en las legislaciones alemana, austríaca y suiza*, N° 20, 2009, 445.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, *Un estudio del derecho a la propia imagen desde una perspectiva jurisprudencial, veinticinco años después de la promulgación de la Ley Orgánica Española 1/1982, de 5 de mayo*, N° 16, 2007, 203.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *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, *La resistencia de las Constituciones Nacionales, de Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton,* N° 25, 2012, 663. (R).

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Problemas del plebiscito como instrumento democrático y como decisor de políticas públicas,* N° 25, 2012, 257.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales,* N° 20, 2009, 597.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, y GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Radiografía al Instituto nacional de DD.HH.: entre la política y el derecho,* N° 26, 2012, 193.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, y GARCÍA GARCÍA, José Francisco, *Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos,* N° 25, 2012, 175.

VERGARA BEZANILLA, José Pablo, *La mercantilización del daño moral,* N° 2, 2000, 177.

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2001,* N° 4, 2001, 441. (VA).

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2001,* N° 5, 2002, 325. (VA).

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de extensión de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2002,* N° 6, 2002, 333. (VA).

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Segundo Semestre 2002,* N° 7, 2003, 455. (VA)

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago) Primer Semestre 2003,* N° 8, 2003, 333. (VA)

VERGARA CEBALLOS, Fabiola, *Despido abusivo y daño moral,* N° 8, 2003, 293.

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Comentario al artículo "Reforma Procesal Civil", del profesor don Pablo Rodríguez Grez,* N° 5, 2002, 349.

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Despejando una falacia: no es efectivo que la alegación de prescripción adquisitiva de un derecho real deba hacerse valer siempre por vía de reconvención,* N° 6, 2002, 327.

VERGARA VARAS, Pedro Pablo, *Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado,* N° 19, 2009, 33.

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.

VILLAGRÁN ABARZÚA, Marcelo, *La descentralización en Chile*, N° 23, 2011, 383.

VV.AA. (Varios Autores), *Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla y Hugo Rosende Subiabre*, N° 17, 2008, 544. (R).

VV.AA. (Varios Autores), *Jorge Iván Hübner Gallo – Estudios en su homenaje*, N° 17, 2008, 560. (R).

VV.AA. (Varios Autores), *Seminario Internacional: "Reformas en el Derecho Civil Francés y Perspectivas para el Derecho Chileno"*, N° 17, 2008, 549.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)*, N° 2, 2000, 371. (VA)

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *China, el imperio de las mentiras, de Guy Sorman*, N° 16, 2007, 515. (R).

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *El juez y el juicio en Tomás de Aquino*, N° 3, 2001, 135.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Introducción al Derecho, de Agustín Squella Narducci*, N° 2, 2000, 437. (R).

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La carrera de Derecho y sus innovaciones en la formación del jurista*, N° 1, 2000, 307. (VA).

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La dignidad de la persona humana en la Constitución de 1980*, N° 4, 2001, 31.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *La mujer ante el derecho internacional público*, N° 11, 2005, 281.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Libre empresa, derecho, humanismo*, N° 1, 2000, 95.

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Teoría del Gobierno, derecho chileno y comparado, de José Luis Cea Egaña*, N° 3, 2001, 359. (R).

WILLIAMS BENAVENTE, Jaime, *Verdad, valores, poder, piedras de toque de la sociedad pluralista, de Joseph Ratzinger*, N° 14, 2006, 313. (R).

WINTER DEL RÍO, Federico, *La regulación sectorial de la energía geotérmica en Chile. Problemas y propuestas*, N° 25, 2012, 315.

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 Noguer*, N° 21, 2010, 599. (R).

YÁÑEZ TERÁN, Dora, *Las Facultades y Deberes del Juez en materia probatoria en el Proceso Laboral. Análisis Crítico, de Raúl Fernández Toledo*, N° 25, 2012, 673. (R).

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre

Dirección

Dirección de despacho

Comuna

Ciudad País

Teléfono Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Empresa/Institución

Giro

R.U.T. E–mail

Tipo de Suscripción

Nueva Renovación 1 Año 2 Años

Emitir cheque cruzado a nombre de

"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."

por la suma de $ por suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCION*	**1 AÑO (2 Revistas)**	**2 AÑOS (4 Revistas)**
Nacional	$ 22.000	$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o e–mail a:
EDICIONES UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56–2–299 92 71
Fax: 56–2–299 92 71
E–mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56–41–268690
Fax: 56–41–268669
E–mail: cferrando@udd.cl

ACTUALIDAD JURIDICA pretende poner de relieve las temáticas de la actualidad, cumpliendo así una tarea universitaria que debería acentuarse en el futuro, y realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un "creador" encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto de Santiago como de Concepción.

Universidad del Desarrollo
SANTIAGO – CONCEPCION