

REVISTA DEL Abogado

UNA PUBLICACIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE

Nº70 / SEPTIEMBRE / 2017

Bitcoin

El verdadero dinero electrónico

Entrevista

María Eugenia Manaud,
Pdta. Consejo
Defensa del Estado

“Cualquier sistema puede politizarse y eso es lo que hay que evitar”

Uso de Twitter por
la @Administración:
#Límites



>> POSTGRADOS UAI

UNA MIRADA EXPERTA Y REFLEXIVA

>> EMDGT

EXECUTIVE MAGÍSTER EN DIRECCIÓN Y GESTIÓN TRIBUTARIA

■ www.uai.cl/executivemdgt
Inicio >> 29 Septiembre 2017

>> CURSO

IVA INMOBILIARIO

■ www.uai.cl/cii
Inicio >> 18 Octubre 2017

>> MDGT

MAGÍSTER EN DIRECCIÓN Y GESTIÓN TRIBUTARIA

■ www.uai.cl/mdgt
Inicio >> Abril 2018

>> MDLS

MAGÍSTER EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

■ www.uai.cl/mdls
Inicio >> Abril 2018

>> LLM

MAGÍSTER EN DERECHO DE LOS NEGOCIOS

■ www.uai.cl/llmbl
Inicio >> Mayo 2018



REVISTA DEL ABOGADO M.R.
Nº 70 / SEPTIEMBRE / 2017

Director

Héctor Humeres N.

Comité Editorial

María Magdalena Atria B.
Héctor Humeres N.
Enrique Navarro B.
Julio Pellegrini V.
Paulo Montt R.

Editora

Deborah Con K.

Colaboradores

Juan Francisco Gutiérrez I.
Oscar Kolbach C.
Mariela Miranda G.
Miguel Orellana B.
Carolina Seeger C.
Rodrigo Winter I.

Diseño Gráfico

Gabriela Artigas S.

Fotografía

Pamela San Martín J.

Secretaría Ejecutiva

Ana María Carbone H.

Impresión

Aimpresores Ltda.

Propietario

Revista del Abogado S.A.

Representante Legal

Héctor Humeres Noguera

Publicación del Colegio de Abogados de Chile, de distribución gratuita a sus colegiados.

Las opiniones vertidas por los diferentes autores y colaboradores en esta Revista no representan necesariamente la opinión del Colegio de Abogados de Chile.

"Revista del Abogado", tanto como conjunto de palabras, cuanto en su forma de etiqueta es una marca registrada por el Colegio de Abogados de Chile.

Dirección

Ahumada 341, Of. 207, Santiago

Teléfonos:

22639 6175 - 22633 6720

Fax:

2639 5072

Casilla electrónica

secretaria@colegioabogados.cl

www.abogados.cl

4 NOTAS GREMIALES

5 EDITORIAL

6 CONTRAPUNTO

DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN TRES CAUSALES
Verónica Undurraga Valdés y Tatiana Vargas Pinto

9 / 37 / 74 LIBROS

10 DERECHO DE FAMILIA

RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS PERSONAS
Fabiola Lathrop Gómez

13 NOTAS GREMIALES

CONSEJO GENERAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS 2017-2021

14 DERECHO ADMINISTRATIVO

USO DE TWITTER POR LA @ADMINISTRACIÓN: #LÍMITES
Cristián Román Cordero

17 DERECHO Y TECNOLOGÍA

BITCOIN
EL VERDADERO DINERO ELECTRÓNICO
Nicolás Rojas Covarrubias

20 DERECHO DE FAMILIA

CRISIS DEL SENENAME Y DERECHOS DE LA NIÑEZ LEJOS DE UNA EFECTIVA GARANTIZACIÓN
Miguel Cillero Bruñol y Ester Valenzuela Rivera



24 ENTREVISTA

MARÍA EUGENIA MANAUD, PDTA. CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO
"CUALQUIER SISTEMA PUEDE POLITIZARSE Y ESO ES LO QUE HAY QUE EVITAR"
Héctor Humeres Noguera y Deborah Con Kohan

29 DERECHO PROCESAL PENAL

CASO NABILA RIFO
COMENTARIO AL FALLO DE LA CORTE SUPREMA
Cristóbal Bonacic Midane

32 DERECHO ADMINISTRATIVO

DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL UN ESFUERZO DE LARGO PLAZO
Julio Pallavicini Magnère

36 ACTIVIDAD GREMIAL REGIONAL

COLEGIOS REGIONALES
UNA NUEVA ESTRUCTURA NACIONAL PARA EL COLEGIO DE ABOGADOS
Pedro Ignacio Albornoza Sateler

38 DERECHO DE FAMILIA

INFANCIA VULNERADA
¡LOS NIÑOS NO PUEDEN SEGUIR ESPERANDO!
Carmen Domínguez Hidalgo

40 DERECHO PATRIMONIAL

REGULACIÓN EXPROPIATORIA
DUDAS SOBRE LA LEY DE MONUMENTOS NACIONALES
Rodrigo Delaveau Swett

44 SEMBLANZA

OLGA FELIÚ DE ORTÚZAR
EL VALOR DE HACER LAS COSAS BIEN
Macarena Letelier Velasco

46 ABOGADOS JÓVENES

BENEFICIOS DE AFILIARSE AL COLEGIO DE ABOGADOS
Comisión de Abogados Jóvenes

48 DERECHO INTERNACIONAL

LITIGIOS DE CHILE CON BOLIVIA ANTE LA CIJ
RAZONABLES MOTIVOS PARA EL OPTIMISMO
Edmundo Vargas Carreño

51 DERECHO DIGITAL

UNA REGULACIÓN QUE DEVUELVA A LAS PERSONAS EL CONTROL
María Paz Canales Loebel

54 DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS ELÉCTRICAS
UNA MIRADA A LOS NUEVOS PROYECTOS DE LEY
Francisca Barrientos Camus

57 DERECHO PROCESAL PENAL

LEY EMILIA
ANÁLISIS DEL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Rodrigo Medina Jara

60 ACTIVIDAD GREMIAL

FUNCIÓN, ESPÍRITU Y TRADICIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS
CÓMO ATRAER A LAS NUEVAS GENERACIONES
Ernesto Vargas Weil

63 ABOGADO ILUSTRE

64 HUMOR

67 MÚSICA

69 CINE

70 ARTE

72 FALLOS

73 PERPLEJIDADES



Despedida a consejeros que cesaron en su cargo

El pasado 28 de junio se realizó la despedida de los abogados que cesaron definitivamente sus cargos en el Consejo del Colegio de Abogados, agradeciendo su aporte y contribución a los siguientes profesionales:

- ▶ María de los Ángeles Coddou Plaza de los Reyes, consejera durante 12 años, periodo 2005-2017.
- ▶ Alberto Lyon Puelma, consejero periodo 2013-2017.
- ▶ Arturo Prado Puga, consejero durante 20 años, periodo 1996-2017.
- ▶ Lucas Sierra Iribarren, quien reemplazó a Davor Harasic en el periodo 2015-2017.
- ▶ Sergio Urrejola Monckeberg, consejero durante 28 años, periodo 1989-2017.
- ▶ Enrique Urrutia Pérez, consejero periodo 2013-2017.



Visita de abogados chinos

Una delegación de abogados de China, integrada por seis ejecutivos gubernamentales de la Municipalidad de Hangzhou, de la provincia de Zhejiang, visitó las dependencias del Colegio en el pasado mes de agosto. El objetivo fue interiorizarse sobre las reformas del sistema judicial chileno y el sistema de procesamiento legal y tributario, a fin de estrechar lazos entre ambas naciones, facilitando así las inversiones de China a Chile.

An advertisement for 'Red Solución Soporte Integral'. The logo features a blue sphere with three smaller spheres connected by lines. Below the logo, the text 'Red Solución Soporte Integral' is displayed. To the right, a red circular badge with a gear-like border contains the text 'DESCUENTO 20%' and 'COLEGIADOS' below it. On the left, four green checkmarks are placed in a vertical column next to four service categories: 'Asesoría tributaria', 'Contabilidad y libros legales', 'Remuneraciones, contratos, finiquitos', and 'Declaraciones de impuestos y cotizaciones previsionales'. At the bottom, the website 'www.rsolucion.com', email 'jmguzman@rsolucion.com', and phone number '+56 9 5689 3481' are listed.

Red Solución
Soporte Integral

DESCUENTO 20%
COLEGIADOS

- ✓ Asesoría tributaria
- ✓ Contabilidad y libros legales
- ✓ Remuneraciones, contratos, finiquitos
- ✓ Declaraciones de impuestos y cotizaciones previsionales

www.rsolucion.com jmguzman@rsolucion.com +56 9 5689 3481

Sociedad, Justicia y Abogacía

La sociedad exige de nosotros, los abogados, un comportamiento ético apegado a los más altos estándares, dados los valores cuya defensa y mantención le son confiados.

En los momentos actuales, en que una sensación de corrupción se cierne sobre diversas actividades en nuestro país, estamos llamados a contribuir prioritariamente a la conservación de la salud moral de la comunidad.

La sociedad espera de nosotros un desempeño recto y eficaz, y nuestros clientes una atención eficiente y esmerada.

Desde que prestamos juramento como abogados, nos comprometemos a luchar por la justicia a través de la aplicación del derecho, lo que constituye una opción de vida, e implica la renuncia a utilizar métodos que sean contrarios a las obligaciones y derechos que impone la norma jurídica.

Estamos llamados a aportar al bien colectivo. Desde nuestra labor emana la importancia y la eficacia de la colaboración a la implantación de la justicia en la sociedad en que nos desenvolvemos.

Nuestra meta última a la que aspiramos es aquella, y resulta incompatible con la utilización de otras vías que impliquen la negación y destrucción de nuestro Estado de derecho y de los valores que lo sustentan.

Debemos recordar que nuestro Código de Ética nos señala en su artículo 2°: “**Cuidado de las instituciones.** Las actuaciones del abogado deben promover, y en caso alguno afectar, la confianza y el respeto por la profesión, la correcta y eficaz administración de justicia, y la vigencia del Estado de Derecho.”

Las malas prácticas se desatan cuando abundan el descuido, el desorden y el desdén; tenemos pues que encauzar nuestro camino por la senda del derecho bien



aplicado, a fin de que esta sea la expresión de la justicia.

A contar de esta edición, y merced a la confianza que ha depositado en nosotros el Consejo General de nuestro Colegio, hemos asumido la dirección de esta publicación; procuraremos proseguir en la senda de una gestión creativa y diligente, como ha sido la de quienes nos antecedieron con tanto brillo en esta responsabilidad, los colegas Edmundo Eluchans, Avelino León, Juan Luis Ossa y Arturo Prado.

Con dicho afán y con el apoyo de un renovado Comité Editorial, integrado por los consejeros Magdalena Atria, Paulo Montt, Enrique Navarro y Julio Pellegrini, hemos introducido algunas innovaciones, las que esperamos sean bien acogidas por nuestros colegiados, entre las que debemos destacar las nuevas columnas a cargo de los abogados jóvenes y de los Colegios Regionales.

Sea propicia esta oportunidad, asimismo, para agradecer públicamente a quienes colaboran en forma permanente con nuestra Revista en diversas áreas del saber y que complementan nuestro acervo cultural con visiones desde diversas ópticas.

En este número hemos procurado dar énfasis a diferentes materias que están influyendo de forma notoria y desafiante el quehacer jurídico, debiendo destacar entre ellas las referidos a nuevos proyectos de ley, comentarios a fallos que han causado polémicas, nuevas tecnologías vinculadas al ejercicio del derecho, y análisis de los litigios de Chile con Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia, entre otros, junto a la entrevista a la colegiada María Eugenia Manaud, presidenta del Consejo de Defensa del Estado. 🇨🇱

Héctor Humeres Noguera
Director

Despenalización del aborto en tres causales

Tras dos años y medio de encendido debate, el pasado 21 de agosto el Tribunal Constitucional aprobó este proyecto que sigue concitando reacciones extremas, con opiniones que lo consideran desde “un triunfo histórico de las mujeres” hasta el inicio de la “deshumanización de la sociedad”.



VERÓNICA UNDURRAGA VALDÉS
Abogado

“En ningún caso la despenalización por tres causales, como está planteada en el proyecto, vulnera normas constitucionales”

La Constitución Política, en su artículo 19, N° 1 inciso 1°, “asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”. Y en el inciso 2°, agrega: “La ley protege la vida del que está por nacer”. ¿La aprobación de la despenalización del aborto en tres causales por parte del Tribunal Constitucional constituye una vulneración de estas disposiciones?

En ningún caso la despenalización por tres causales, de la forma en que está planteada en el proyecto, vulnera normas constitucionales, como bien señaló el Tribunal Constitucional. La Constitución contiene un mandato de protección de la vida prenatal, pero deja entregada a la competencia del legislador la elección de los modos de protección de esa vida. Cada vez más legisladores y tribunales constitucionales del mundo están dándose cuenta que la penalización es una medida que no cumple el objetivo propuesto y tiene graves costos en términos de afectación de derechos de las mujeres. El Tribunal Constitucional chileno lo dijo expresamente al analizar los argumentos de los requirentes bajo el principio de proporcionalidad.

La penalización es una medida inidónea porque no disminuye las tasas de aborto y además es innecesaria, porque no cumple con el principio de *ultima ratio* del derecho penal, que implica que habiendo otros medios idóneos para proteger la vida prenatal, deben preferirse. Especialmente en estas tres causales trágicas, tiene sentido que el legislador opte por medidas de acompañamiento, información, apoyo integral y no por la amenaza de la cárcel, en el contexto de un sistema jurídico que tiene muchas

normas protectoras de la maternidad (pre y post natal, fuero maternal, sistema Chile Crece Contigo, salas cunas, entre otros). El Tribunal lo dice muy bien: “La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio”.

Esta declaración es muy importante. Reconoce que la protección del que está por nacer debe hacerse trabajando con la mujer, no contra ella. Porque es la única forma efectiva de proteger la vida prenatal y porque el reconocimiento de la dignidad de la mujer lo requiere. No hay una oposición, sino un círculo virtuoso. Eso lo sabemos las mujeres, por lo demás. Es el derecho, históricamente pensado por hombres, el que no se había percatado de esa verdad que para muchas de nosotras es tan elemental.

La causal que despenaliza el aborto en caso de violación, ¿favorece la impunidad del violador y castiga a una persona a la que se le impide nacer por el hecho de haber sido concebida en una situación delictual?

Al contrario. En todo caso de violencia contra las mujeres, lo que debiéramos plantearnos como objetivo, además de la prevención, evidentemente, es que las mujeres violentadas tengan la posibilidad de acercarse con confianza al Estado para que este pueda ayudarlas a salir de la situación de violencia. Actualmente las mujeres casi no denuncian las violaciones, porque es muy difícil hacer pública esa experiencia, ya que saben que las van a revictimizar durante el proceso y también que las posibilidades de condena al violador son mínimas. Hoy si la mujer resulta embarazada y quiere interrumpir su embarazo no va a denunciar al violador, porque se expone a ser perseguida penalmente ella por el aborto, por lo tanto la impunidad es total.

En cambio, bajo la nueva ley, la mujer se va acercar a un centro de salud y se dará aviso al Ministerio

Público del delito de violación y se la va a apoyar y proteger frente a la coacción del violador si quiere hacer la denuncia. Aumentan las posibilidades de castigar al violador. En el caso de las niñas, que son la gran mayoría de las víctimas, el acceso a centros de salud permitirá pesquisar situaciones de abuso sexual en las familias, proteger a esas niñas y perseguir al violador.

¿Una intervención terapéutica para salvar la vida de la madre cabe ser considerada como un aborto, era necesaria la despenalización al respecto?

Era absolutamente necesaria, porque es la mujer y no el médico o el Estado a quien corresponde decidir, cuando está en peligro su vida, cuál es el nivel de riesgo vital que está dispuesta a correr. La norma anterior al proyecto e incluso la explicación de la doctrina del doble efecto se interpretan de distintas maneras por los médicos, y ante las dudas muchos de ellos se paralizan porque no saben si al interrumpir un embarazo están arriesgándose a ser procesados. En ocasiones las intervenciones terapéuticas se realizan tarde, habiendo sometido a las mujeres a riesgos innecesarios sin ni siquiera mediar la voluntad de la mujer. La sentencia del Tribunal Constitucional es muy clara en este sentido. La mujer embarazada, bajo la ley de derechos y deberes de los pacientes, es la que debe decidir sobre el nivel de riesgo vital que está dispuesta a correr.

Despenalizar el aborto solo en casos de riesgo de vida para la mujer, inviabilidad fetal y violación, ¿es discriminatorio para mujeres de escasos recursos?

Despenalizar el aborto en estas tres causales mejora la situación de todas las mujeres, especialmente las de bajos recursos, que no pueden viajar al extranjero o pagar una interrupción segura del embarazo, y además usualmente viven estos dramas con mucho menos apoyo y contención.

¿La causal de inviabilidad fetal podría llevar a abortar a niños con discapacidades congénitas, síndrome de Down u otras alteraciones?

No debe confundirse la interrupción del embarazo de fetos con inviabilidad fetal con el tema de la protección de niños y niñas discapacitados. Los casos de discapacidad no caen en la causal de inviabilidad, porque son viables y esos embarazos no pueden ser interrumpidos de acuerdo a la nueva ley. 

del Tribunal Constitucional constituye una vulneración de estas disposiciones?

La constitucionalidad de una ley de aborto depende del modelo de regulación. Hay varios: de despenalización estricta; de exculpación; de cualificación por elementos típicos (ej. maliciosamente); de asesoramiento disuasorio; de plazos y de indicaciones. La ley aprueba el de indicaciones (y en parte el de plazos en la 3ª causal). Este modelo mantiene la protección de la vida del no nacido con la sanción general del aborto y lo autoriza en tres casos, que son las indicaciones. Son perfectamente procedentes alternativas al castigo penal de la mujer en situaciones vulnerables.

Sin embargo, extraña que la mayoría del Tribunal acepte que la opción aprobada supone la licitud del aborto al estimar al “no nacido” un interés instrumentalizable y ponderable en su esencia. Su valoración como interés menor atenta contra la dignidad humana entendida desde las cualidades esenciales y no meramente accidentales (edad, condición, sexo, etc.). Así lo había resuelto antes este mismo Tribunal, con base fundamental en el art. 1 de la CPR. El art. 19 N°1 es una manifestación de esta base, al igual que el art. 4.1 de la Convención Americana respecto de su art. 1 (todo ser humano es persona, sin discriminación alguna, entre ellas el nacimiento). La mayoría del Tribunal no solo cambia su doctrina, también se basa en condiciones de plazo no señaladas en el art. 19 N°1, en la cosificación del no nacido o en la disposición absoluta de otro ser humano (“un feto no tiene derecho a la vida, por no ser jurídicamente persona”) expresamente prohibido en el art. 19 N°26 de la CPR.

La causal que despenaliza el aborto en caso de violación, ¿favorece la impunidad del violador y castiga a una persona a la que se le impide nacer por el hecho de haber sido concebida en una situación delictual?

Se argumenta pensando en la situación vulnerable de la mujer, que es lo que tienen en común los tres casos. Pero el aborto no mira al violador. Más grave que su olvido es presentar el embarazo como un mal mayor que matar al hijo no nacido. Se entra a ponderar la dignidad humana. Proteger la vida al sancionar el aborto no eliminaba la irreprochabilidad penal de



TATIANA VARGAS PINTO

“Este modelo es inconstitucional en tanto se basa en la instrumentalización del ser humano”

La Constitución Política, en su artículo 19, N° 1 inciso 1°, “asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”. Y en el inciso 2°, agrega: “La ley protege la vida del que está por nacer”. ¿La aprobación de la despenalización del aborto en tres causales por parte

la mujer, si actuaba por miedo, coacción o alguna perturbación mental.

¿Una intervención terapéutica para salvar la vida de la madre cabe ser considerada como un aborto, era necesaria la despenalización al respecto?

Las conductas salvadoras que causen la muerte del *nasciturus* como consecuencia indirecta no estaban prohibidas. El Código Sanitario prohibía matar directamente y el Código Penal castigaba excepcionalmente muertes directas, intencionadas y con abuso del oficio médico. No era necesaria su inclusión. El problema de la ley aprobada es que podrían incluirse casos de muerte directa innecesaria.

Despenalizar el aborto solo en casos de riesgo de vida para la mujer, inviabilidad fetal y violación, ¿es discriminatorio para mujeres de escasos recursos?

La limitación a tres causales es efecto del modelo de indicaciones elegido, que considera al no nacido un interés protegido constitucionalmente, aunque

ponderable. Como tal, corresponde mantener la protección penal en general. Solo en algunos casos la ponderación de intereses se invierte en favor de la madre, en tanto su interés sería superior. Hay que aclarar así que la ley aprobada incorpora un permiso y no una verdadera “despenalización” (legalización limitada). Este modelo es inconstitucional en tanto se basa en la instrumentalización del ser humano.

¿La causal de inviabilidad fetal podría llevar a abortar a niños con discapacidades congénitas, síndrome de Down u otras alteraciones?

La inviabilidad fetal ha de suponer un diagnóstico respecto de un ser vivo que no seguirá viviendo fuera del vientre materno. No se explicita cuánto tiempo, cómo ni cuándo. Ninguna de las patologías más habituales implica *per se* inviabilidad, sino solo una corta sobrevivencia. Las imprecisiones pueden alcanzar otras discapacidades, alteraciones y aun el síndrome de Down. Hay muchas incertezas que no interesaron. En cambio, con menos argumentos -básicamente la irreversibilidad de la muerte- se deroga la pena de muerte, única real excepción constitucional. ❌

Libros

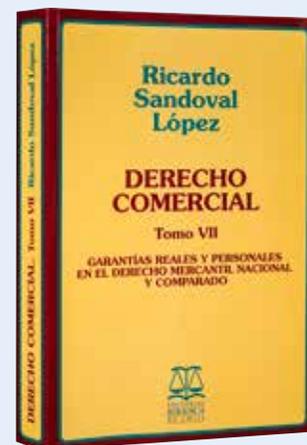
DERECHO COMERCIAL

Ricardo Sandoval López. *Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2017, 468 páginas.*

Se presenta aquí un estudio pormenorizado de las diversas garantías reales o personales, reguladas en el derecho nacional y comparado, donde han tenido lugar reformas con el propósito de incorporar las concepciones modernas en la materia inspiradas en el derecho angloamericano.

Tratándose del derecho objetivo nacional, en el orden de las garantías reales se analiza la reforma introducida por la Ley N°20.170 de Mercado de Valores II, respecto de la prenda sin desplazamiento, que uniformó la normativa en la materia, como asimismo la figura de la prenda *warrants*, que se mantiene en permanente aplicación práctica.

En el ámbito del derecho comparado, la obra contiene el derecho actual de garantías mobiliarias en el sistema europeo continental.





Reconocimiento de la identidad de género

Un derecho fundamental de las personas

Un amplio debate ha rodeado la tramitación de este proyecto, que después de cuatro años recién superó el primer trámite constitucional el pasado 14 de junio. No obstante, aún presenta incongruencias, como la exigencia de la prueba médica para descartar enfermedad mental, la obligatoriedad de terminar el vínculo matrimonial y la falta de indicaciones para reconocer y regular el derecho a la identidad de género de los NNA.

La identidad de género ha ido alcanzando, progresivamente, cobertura y visibilidad en nuestro país. Algunos acontecimientos recientes han causado impacto jurídico y revuelo mediático, poniendo de relieve la importancia de abordar legal y socialmente esta materia. Entre dichos acontecimientos se cuenta la campaña contra el reconocimiento formal de la identidad de género respecto de niños, niñas y adolescentes (NNA) impulsada por diversas ONGs durante julio de este año. También es el caso del fallo dictado por el 7° Juzgado Civil de Santiago, en agosto de 2016, que reconoció la identidad de género de una niña transgénero, y el consiguiente accionar penal por parte de la ONG Comunidad y Justicia contra el magistrado que dictó la sentencia.



A ello se suma la implementación, por parte de la Superintendencia de Educación, de medidas de resguardo de la identidad de género de estudiantes de la educación básica y media, lo que ha conllevado la interposición de diversos recursos de protección en contra de la Circular dictada por dicha Superintendencia. Y, finalmente, los avances legislativos del proyecto de ley que reconoce el derecho a la identidad de género.

Una de las pretensiones más urgentes manifestada por la comunidad trans es obtener el reconocimiento y resguardo normativo de su derecho a la identidad de género, lo que implica acceder a la rectificación de las partidas de nacimiento consignadas en el Registro Civil, con el objeto de adecuar el nombre y el sexo registrado a la identidad de género de la persona. El derecho a la identidad de género no se aborda desde una perspectiva integral en la legislación; no está regulado expresamente a nivel legal como derecho fundamental ni de la personalidad. Se le trata en forma indirecta a partir de la normativa contenida en la Ley N°4.808, de Registro Civil, y en la Ley N°17.334, que autoriza el cambio de nombre y apellidos en los casos que indica, como asimismo en la Ley N°20.609, que establece medidas contra la discriminación.

Ninguna de las causales establecidas en la Ley N°17.344 para autorizar el cambio de nombre resguardan debidamente el ejercicio del derecho a la identidad de género. No están basadas en la autodeterminación de la identidad de género del solicitante, sino en determinadas hipótesis fácticas que, en abstracto y de antemano, permiten configurar la solicitud de cambio de nombre.

Este vacío atenta contra el debido ejercicio del derecho a la identidad de género; existe incertidumbre jurídica, falta de uniformidad jurisprudencial y, lo que es más grave, imposiciones judiciales inaceptables, particularmente en lo que se refiere a exigencias que insisten en considerar la discordancia entre el sexo biológico y el género adoptado por cada individuo como una patología.

El Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile del año 2015, preparado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales indica que: "(...) cada juez, al no haber un cuerpo normativo que reconozca el derecho a la identidad

de género, falla de acuerdo a sus propias convicciones en torno a la transexualidad, prescindiendo, incluso, de los parámetros y estándares que existen en el sistema internacional de derechos humanos". (Página 382)

Contenidos y objetivos del proyecto

Actualmente se debate el "Proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género" (Boletín N° 8924-07). Su objeto es: "establecer una regulación eficaz y adecuada, en conformidad con las disposiciones constitucionales e internacionales en materia de igualdad, no discriminación, derecho a la identidad y protección en general de la dignidad humana, y los derechos y libertades fundamentales, para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo y nombre de una persona en el Registro Civil e Identificación, cuando dicha inscripción no se corresponde o no es congruente con la verdadera identidad de género del o la solicitante".

El proyecto consagra expresamente, en su artículo 1°, la protección del derecho a la identidad de género, al establecer que toda norma o procedimiento, sea de carácter judicial o administrativo, debe respetar dicho derecho a la identidad de género, sin que se pueda limitar, restringir, excluir, suprimir o imponer requisitos no contemplados en la normativa para el ejercicio del mismo; debiendo, además, interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso a dicho derecho.

Este artículo regula también el contenido del derecho a la identidad de género, extendiéndolo a: "a) Al reconocimiento y protección de su Identidad de género. b) Al libre desarrollo de su persona, conforme a su identidad de género, permitiendo su mayor realización espiritual y material posible. c) A ser tratada en conformidad con su identidad de género y, en particular, a ser reconocida e identificada de ese modo en los instrumentos públicos que acreditan su identidad respecto del nombre y sexo. Asimismo, las imágenes, fotografías, soportes digitales, infor-

Existen imposiciones judiciales inaceptables, particularmente en lo que se refiere a exigencias que insisten en considerar la discordancia entre el sexo biológico y el género adoptado por cada individuo como una patología.

máticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuran en los registros oficiales deben ser coincidentes con dicha identidad”.

Seguidamente, en cuanto al ejercicio del derecho, el proyecto contempla la rectificación de la partida de nacimiento y el cambio de sexo y nombre, cuando no coincidan con la identidad de género del solicitante, por una sola vez, a través de un procedimiento judicial tramitado ante el juez de familia competente, bastando la prueba de que el solicitante sea conocido en

Cada juez, al no haber un cuerpo normativo que reconozca el derecho a la identidad de género, falla de acuerdo a sus propias convicciones en torno a la transexualidad.

sus relaciones sociales con una identidad de género diferente al sexo registral, mediante la información sumaria de testigos.

Dentro de este procedimiento, se contempló la posibilidad de oposición a la precitada solicitud, debiendo fundarse en alguna de las siguientes causales establecidas en el artículo 6 inciso tercero: “a) existencia de un perjuicio directo o indirecto de carácter moral o patrimonial que afecte al opositor a consecuencia del cambio de nombre y sexo del solicitante; y b) existencia de una causa criminal pendiente entre el opositor y el solicitante”. En cuanto a los efectos de la rectificación de la partida de nacimiento, se consagró, a partir de su artículo 8, la continuidad de los derechos y obligaciones de los que era titular el solicitante con anterioridad a la inscripción del cambio de la partida. Se estableció además, como principio, la continuidad de las relaciones y obligaciones en materia de familia. En conjunto a este principio, el artículo 8 también regula el uso malicioso o fraudulento del antiguo y nuevo nombre.

Otro aspecto relevante es la posibilidad de acceder a tratamientos médicos con el objeto de adecuar el cuerpo a la identidad de género del solicitante, estableciéndose en el artículo 11 que: “(...) podrán acceder a intervenciones quirúrgicas o a los tratamientos integrales hormonales que deseen para adecuar su cuerpo a su identidad de género, bastando para ello que la persona preste su consentimiento informado (...)”. Finalmente, el artículo 1 transitorio permite a todas las personas que hayan obtenido su cambio de nombre, en conformidad a las leyes N°17.344 y N°4.808, sin haber conseguido la rectificación de su sexo, recurrir por una sola vez al tribunal para obtener la rectificación de su sexo.

Aspectos a revisar

El proyecto ha sido objeto de amplio debate, habiéndose presentado más de trescientas indicaciones durante su tramitación. No obstante haber transcurrido cuatro años desde su ingreso, recién superó el primer trámite constitucional el pasado 14 de junio. Las posibilidades de que se transforme en ley dependen, en gran medida, de las elecciones presidenciales y legislativas a desarrollarse en noviembre próximo, así como de la prioridad que el nuevo gobierno le otorgue a la iniciativa. Resulta lamentable que, pese al tiempo transcurrido, no haya podido ser despachado en su totalidad en esta administración. Algunas de las cuestiones a revisar en el debate que resta son las siguientes.

Una de las discusiones más arduas ha sido la exigencia de prueba médica fundante de la solicitud, particularmente, para descartar algún tipo de enfermedad mental. En tal sentido, se incorporó al proyecto la obligación de presentar una evaluación médica realizada por un experto calificado en la materia, con el objeto de determinar que el o la solicitante cuenta con las condiciones psicológicas y psiquiátricas necesarias para formular la solicitud. Ello contraviene el principio de autodeterminación que debe regir respecto al ejercicio del derecho a la identidad de género y lo patologiza al introducir como requisito que el o la solicitante rindan prueba respecto de su estado de salud mental. Asimismo, otra materia discutida fue la del vínculo matrimonial del o la solicitante, incorporando al proyecto la terminación de dicho vínculo como efecto ineludible del ejercicio del derecho a la identidad de género. No obstante, esta exigencia atenta contra el derecho a la vida familiar y contra el principio de la continuidad de las relaciones de familia, limitando infundadamente el ejercicio del derecho a la identidad de género.

Finalmente, una de las cuestiones más polémicas ha sido la inclusión de indicaciones para reconocer y regular expresamente el derecho a la identidad de género de los NNA, excluyéndose esta posibilidad en la Sesión del 18 de enero del 2017 desarrollada por la Comisión de Derechos Humanos del Senado.

El Estado chileno tiene el deber de reconocer y proteger el derecho a la identidad de género respecto de NNA, en consonancia con el principio de autonomía progresiva y el entramado de derechos y principios consagrados en la Convención de Derechos del Niño.⁴⁷

Consejo General del Colegio de Abogados Periodo 2017-2021

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 21° del Decreto Ley N° 2.757 de 1979, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2017 se efectuaron las elecciones del Colegio de Abogados de Chile A.G. para la renovación de 10 consejeros de la Orden.

Como resultado de ello fueron electos los siguientes consejeros para el periodo 2017-2021:

- Arturo Alessandri Cohn
- Luis Alberto Aninat Urrejola
- Jorge Correa Sutil
- Ricardo Escobar Calderón
- Carolina Fuensalida Merino
- Héctor Humeres Noguera
- Cristián Maturana Miquel
- Paulo Montt Rettig
- Enrique Navarro Beltrán
- Diego Peralta Valenzuela

Asimismo, para el periodo 2017-2019 se mantienen en sus cargos de consejeros:

María Magdalena Atria Barros, Jorge Bofill Gensch, Carmen Domínguez Hidalgo, Juan Eduardo Palma Cruzat (en reemplazo de +Olga Feliú Segovia), Julián López Masle, Nicolás Luco Illanes, Luis Ortiz Quiroga, Julio Pellegrini Vial y Pedro Pablo Vergara Varas.

El nuevo Consejo General, en sesión del lunes 28 de junio de 2017, procedió a elegir la nueva Mesa Directiva para el periodo junio 2017-2019.

Fueron reelectos Arturo Alessandri Cohn como Presidente y Pedro Pablo Vergara Varas como Vicepresidente, mientras el abogado Pablo Alarcón Jaña fue confirmado en el cargo de secretario del Consejo para el mismo periodo.

Arturo Prado Puga juró como Ministro de la Corte Suprema



Una especial felicitación desea realizar el Colegio a Arturo Prado Puga, quien juró como nuevo ministro de la Corte Suprema el pasado lunes 17 de julio, llenando así uno de los cinco cargos ajenos a la judicatura, tras la vacante que dejó Pedro Pierry Arrau. Con su designación se completó la dotación de 21 ministros de la Corte Suprema.

Hasta antes de su nominación como ministro, Arturo Prado fue consejero del Colegio de Abogados desde 1996 y director de la Revista del Abogado, y desde 2012 se desempeñaba como abogado integrante del máximo tribunal. Es abogado de la Universidad de Chile, profesor de Derecho Comercial de dicha casa de estudios y doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Durante su destacada trayectoria profesional se desempeñó además como gerente del área judicial y gerente asesor del Banco de Crédito e Inversiones (BCI). Durante la ceremonia de juramento, Hugo Dolmestch, Presidente de la Corte Suprema, destacó el aporte que realizará el nuevo ministro:

“Queda en evidencia que la mezcla de su afición al estudio y su trayectoria académica y conocimientos prácticos en el ejercicio de la abogacía, unida a la experiencia jurisdiccional relatada, auguran un aporte de gran calidad a nuestro tribunal”.



Uso de Twitter por la @Administración: #Límites

Esta red social puede ser de gran utilidad para el logro de los fines públicos, pero es necesario que se reconozcan sus alcances. De lo contrario, podría constituirse en un gran obstáculo para ello.



Como es bien conocido, Twitter es una red social que a través de mensajes cortos, que no superan los 140 caracteres, permite expresar e intercambiar puntos de vista sobre diversos temas o situaciones. Actualmente, son muchos los organismos de la Administración que tienen su cuenta de Twitter (la que podemos llamar Twitter institucional), así como

muchas autoridades y funcionarios públicos, ya sea a modo institucional o personal.

Este fenómeno ha significado importantes desafíos para el derecho administrativo, los que a continuación se exponen.

1. El Twitter institucional

Actualmente, la mayoría de los organismos de la Administración del Estado tienen su cuenta de Twitter institucional, por ejemplo, municipalidades, ministerios, servicios públicos, etcétera. Ello se explica, esencialmente, por el hecho que este les permite, con inmediatez y sin costo, dar amplia publicidad a sus actividades. Así, su empleo se fundaría, entre otros, en los principios de publicidad, eficacia, eficiencia y participación ciudadana, entre otros.

Propiedad de la cuenta de Twitter institucional:

Cabe destacar, en primer lugar, que la cuenta de Twitter institucional es de propiedad del respectivo organismo de la Administración, y en consecuencia debe entenderse como *bien público*. Así lo ha establecido en nuestro medio la Contraloría, entre otros, en los dictámenes N°s 71.422-2013 y 8.600-2016.

De esto se sigue que si cambian las autoridades del organismo respectivo (incluso si son de elección popular), las salientes deben hacer entrega del Twitter institucional a las entrantes, esto es, de la respectiva clave. Por tanto, bien se podría sostener

que “las personas pasan, las cuentas de Twitter institucional quedan”.

Límites al uso del twitter institucional: Estos se derivan muy especialmente de su carácter de bien público, con las siguientes características:

a) Su administración debe corresponder a un funcionario público del organismo de la Administración respectivo, particularmente para los efectos de hacer efectiva la eventual responsabilidad que tenga lugar por su mal uso. Asimismo, dada su relevancia, el control de ello corresponde muy especialmente al jefe del servicio (Dictámenes de la Contraloría N°s 8.600-2016 y 71.422-2013).

b) Las expresiones que sean twitteadas o re-twitteadas a través del Twitter institucional, deben estar insertas dentro de las funciones del órgano. En este sentido recuérdese que contraviene especialmente el principio de probidad el “ocupar (...) recursos del organismo (...) para fines ajenos a los institucionales” (artículo 62, N°4, de la Ley N° 18.575). Y en correspondencia con lo anterior, deberá evitarse, muy especialmente, emitir a través de él opiniones políticas. Ello por cuanto su administrador, en tanto funcionario público, está afecto al artículo 19 de la Ley N°18.575, que dispone que “El personal de la Administración del Estado estará impedido de realizar cualquier actividad política dentro de la Administración”.

En este sentido, la Contraloría ha establecido que no se ajusta a derecho utilizar el Twitter institucional “para emitir expresiones que no digan relación con el funcionamiento institucional” (Dictámenes N°s 8.600-2016 y 71.422-2013), lo cual “tiene por objeto evitar que el patrimonio de la misma sea utilizado para finalidades distintas a las institucionales, dando cumplimiento así, al principio de probidad administrativa” (Dictámenes N°s 8.600-2016 y 57.638, de 2013).

Obsérvese que estos límites dicen relación con las expresiones twitteadas, así como re-twitteadas. Esto se debe a que si bien en la primera de ellas se

evidencia una voluntad ex profeso del administrador, en tanto este redactó el tweet; en la segunda ella se observa igualmente, aunque menos patente por cierto, máxime cuando el tweet re-twitteado quedará en el listado de tweets del respectivo Twitter institucional. Lo propio puede afirmarse en relación al poner “me gusta” a un tweet de otro usuario -twittero-, en tanto en la red social Twitter ello importa manifestación de aprobación o agrado, y fundamentalmente a su contenido. En consecuencia, la Contraloría ha afirmado que “considerando que las publicaciones de que se trata contienen expresiones que no dicen relación con el cumplimiento de un fin institucional o con la difusión de algún aspecto relevante del quehacer municipal, es dable concluir que no resultó procedente que fueran copiadas en la cuenta Twitter de la Municipalidad de Santiago” (Dictámen N°45.181-2014).

c) En los tweets emitidos a través de una cuenta Twitter institucional deberá observarse un correcto uso del lenguaje, evitando caer en imprecisiones y ramplonerías. Así, por ejemplo, tiempo atrás, en la cuenta de Twitter institucional de la Policía Nacional de España, con ocasión de la celebración del día de San Valentín, se publicó el siguiente tweet: “Si te “roba” un beso no es delito. Feliz #San Valentín”, que luego, por razones obvias, tuvo que ser precisado con el siguiente: “Si TU amor te “roba” un beso por sorpresa > ¡Disfrútalo! Si alguien te roba un beso sin consentimiento > #Denuncia”.

d) Finalmente, no es admisible que el administrador de una cuenta Twitter institucional bloquee a usuarios de la red social, los cuales así quedarían inhabilitados de ver los tweets de esta. Lo anterior se debe, entre otras razones, a que tal proceder importaría un trato desigual que no obedecería sino

Las expresiones que sean twitteadas o re-twitteadas a través del Twitter institucional, deben estar insertas dentro de las funciones del órgano.





Aun cuando se trate de una cuenta Twitter personal de un funcionario público, su uso no puede ser ilimitado, como si se tratara de un particular cualquiera.

al mero capricho de aquel (arbitrariedad), lo que contravendría lo dispuesto en el artículo 19, N°2, de la Constitución.

2. El Twitter de autoridades y funcionarios públicos

Por su parte, las autoridades y funcionarios públicos pueden tener cuenta de Twitter con carácter institucional (por ejemplo, el Twitter del alcalde de una municipalidad, del ministro de una determinada cartera, etcétera) o derechamente personal.

En el caso del Twitter con carácter institucional, se trata de una cuenta de cierta autoridad o funcionario público, con carácter oficial, que aparentemente él administra y que deberá entregar a su sucesor una vez que cese en el cargo. Conforme se observa, se trata de una variante del Twitter institucional, en tanto está referido no a un organismo de la Administración, sino que a un órgano unipersonal de este. En consecuencia, su uso deberá conformarse a las mismas limitaciones señaladas para los Twitter institucionales. Sin perjuicio de ello, se deberá observar el principio de coordinación respecto del pertinente Twitter institucional (por ejemplo, el Twitter del ministro con el Twitter del ministerio).

En el caso del Twitter con carácter personal, se refiere derechamente a una cuenta personal, vale decir, no solo la administra directamente la autoridad o funcionario público, sino que esta podrá conservarla una vez que cese en el cargo (de hecho, puede haberlo tenido antes de haber asumido). Por ejemplo, el actual Presidente de los Estados Unidos, aparte de la cuenta Twitter institucional personal (@POTUS), sigue usando su histórico Twitter personal @realDonaldTrump, (sin perjuicio que twittea, una vez que asumió, lo mismo en uno y otro).

¿Pueden las autoridades o funcionarios públicos tener y usar una cuenta Twitter personal mientras desempeñan el cargo? Ciertamente, no hay nada que se los prohíba e incluso es más, bien podría señalarse que aquello está amparado por el artículo 19, N°12, de la Constitución, esto es, “La libertad de emitir opinión (...), sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio”. No obstante, si los tweets que postea en su cuenta de Twitter personal dicen relación con sus funciones y son distintos, en su redacción o alcance, a los de la cuenta de Twitter institucional -o institucional personal, si la hubiera-, se corre el riesgo de que este último pierda relevancia y no sirva a los fines para los cuales fue creado.

Con todo, cabe destacar que aun cuando se trate de una cuenta Twitter personal de un funcionario público, su uso no puede ser ilimitado, como si se tratara de un particular cualquiera, pues al menos estará afecto a la obligación genérica que contempla el artículo 61, letra i), de la Ley N°18.575: “Observar una vida social acorde con la dignidad del cargo”, en tanto, Twitter, como red social, es manifestación actual de esa forma de vida.

A modo de conclusión, es posible señalar que Twitter es una red social que puede ser de gran ayuda a la Administración para el logro de sus fines. Con todo, para ello es preciso es que se reconozcan los límites de su uso, tanto en lo concerniente a las cuentas de Twitter institucionales como a las de las autoridades o funcionarios públicos -institucionales o personales-. De lo contrario, Twitter no solo no ayudará a la Administración para el logro de sus fines, sino que puede constituirse en un gran obstáculo para ello. 🚫



BITCOIN

El verdadero dinero electrónico



Esta moneda o divisa digital, que opera en un sistema totalmente descentralizado, nos enfrenta a una herramienta de gran capacidad adaptativa, que puede generar una disrupción significativa en ciertos mercados. Se trata de nuevas soluciones para antiguos problemas, y en ese sentido es necesario tener especial cuidado al momento de regularlas.

Las nuevas tecnologías han irrumpido con fuerza en múltiples áreas de nuestra vida con una inusitada rapidez. Algo tan extendido hoy como un iPhone, recién va a cumplir 10 años desde su lanzamiento. Cuesta imaginar (o recordar) como eran nuestras vidas antes de la internet en todas partes. Los servicios públicos y privados también han cambiado y hoy esperamos contar con toda la información, siempre, en todas partes, actualizada en tiempo real y en una forma fácil de comprender.

Era cuestión de tiempo para que estas nuevas tecnologías llegaran a perturbar una de nuestras

instituciones más antiguas, el dinero. Así nacieron las llamadas *cryptocurrencies*, y la más conocida de ellas, el bitcoin, fue creada en 2009 por Satoshi Nakamoto (una figura envuelta en una densa neblina; ni siquiera se sabe si es una persona o un grupo actuando bajo un seudónimo).

El bitcoin es una moneda o divisa digital, que tiene por característica principal operar en un sistema totalmente descentralizado. Hasta el desarrollo de esta tecnología, el dinero digital enfrentaba el problema del “doble gasto”. Toda vez que los bienes digitales se pueden duplicar sin mayor costo (tal como ocurre,

por ejemplo, con una foto en el computador), en el caso de una moneda se genera el riesgo de que un mismo “dinero” pueda ser gastado más de una vez. Adicionalmente, la duplicación sin control genera un problema para las divisas, pues se supone que la oferta es limitada. La forma en que usualmente se han enfrentado estos problemas es mediante un intermediario que verifica una determinada transacción, contra una cuenta corriente o similar.

Sin embargo, en el bitcoin no hay una institución emisora de la divisa ni intermediarios. Su emisión se realiza mediante transacciones entre pares (persona a persona). La fiabilidad del sistema se basa en otra tecnología novel, el *blockchain*. Esta última, en términos muy simples, es una especie de base de datos

que registra cada transacción realizada, de forma tal que cada usuario puede verificar en forma independiente la cadena de transacciones anteriores. El concepto de “cadena” nace debido a que cada vez que alguien gasta un bitcoin, se agrega un registro que une esa transacción con la anterior.

Así, cada usuario (o nodo) cuenta con la misma información, la cual se actualiza

respecto de todas las transacciones realizadas, las que además están protegidas por criptografía. Cualquier modificación de la información anterior de la cadena, la hace inservible para transacciones futuras. Las transacciones se registran en bloques (de ahí la denominación *blockchain*). Finalmente, la “base de datos” de transacciones es pública. Estos mecanismos permiten que el software determine cuando se ha gastado un monto específico de bitcoin, evitando la posibilidad de doble utilización en un ambiente sin supervisión central y otorgando seguridad respecto de las transacciones.

La consistencia de la cadena se mantiene mediante el *mining*, que no es sino la verificación y recolección de cada nueva transacción en la cadena. Los “mineros” confirman el historial de transacciones previas y permiten la creación de nuevos bloques, labor que es “premiada” con una suma determinada de bitcoins. El premio va disminuyendo en el tiempo y tiende a cero, mientras que el poder computacional requerido para verificar la cadena de transacciones va en aumento (se estima que, hacia mediados de 2016, se utilizaba una cantidad de energía equivalente a la mitad del consumo de Irlanda). El monto máximo de bitcoins, además, está predeterminado en la suma de 21 millones. Luego de alcanzarse ese monto, la “minería” se recompensará mediante comisiones por transacción.

En el bitcoin no hay una institución emisora de la divisa ni intermediarios. Su emisión se realiza mediante transacciones entre pares (persona a persona). La fiabilidad del sistema se basa en otra tecnología novel, el *blockchain*.

Ventajas y riesgos de esta tecnología

Para utilizar el sistema se requiere crear una clave criptográfica que se asocia a una determinada transacción. La única prueba de propiedad sobre los bitcoins es esta clave -otorgando al sistema un cierto grado de anonimidad-, la que usualmente se vincula a una billetera virtual, que mantiene la información que permite identificar las transacciones efectuadas por el usuario. Tanto es así, que circula en línea la historia de un usuario que perdió una can-



tividad de bitcoins equivalente a varios millones de dólares por deshacerse del disco duro donde había guardado su clave criptográfica.

El bitcoin combina, entonces, la anonimidad del dinero efectivo -transacciones entre pares, sin necesidad de intermediarios, con un alto nivel de privacidad-, con las ventajas de las transacciones electrónicas. Puedo hacer transferencias a cualquier parte del mundo, sin necesidad de revelar mi identidad (como lo haría si usara un sistema de intermediarios, como una

tarjeta de crédito) y, usualmente, sujeto a comisiones por transacciones mucho más bajas que las que cobran los intermediarios financieros tradicionales. La tecnología tiene también otras ventajas. En general, es un mecanismo muy eficiente para transferencias inmediatas de dinero, sujeto a costos de transacción muy inferiores a los actuales.

Estas características han hecho atractiva esta divisa para transacciones ilícitas (como la red de tráfico de sustancias online conocida como *Silk Road*) o en el borde de la ilicitud (como las apuestas), al mismo tiempo que permite evadir impuestos, lo que ha atraído el interés de los reguladores. Adicionalmente, por sus especiales características, ha estado sujeta a altos grados de volatilidad, por lo que no tiene la estabilidad necesaria para reemplazar a las divisas con respaldo estatal. Con todo, cada vez más comercios establecidos aceptan pagos en bitcoins y se han generado “casas de intercambio”, que permiten comprar y vender bitcoins y cambiarlos por alguna divisa establecida.

No obstante, la aparición de un ecosistema de establecimientos asociados a la moneda también ha incrementado los riesgos, porque si bien es particularmente difícil modificar la estructura de la cadena de transacciones, sí es posible atacar las “billeteras virtuales” o a las “casas de intercambio” y robar las claves de acceso de los usuarios.

A medida que estas nuevas formas de dinero comienzan a representar un número de transacciones relevantes, han atraído la mirada de los reguladores



Circula en línea la historia de un usuario que perdió una cantidad de bitcoins equivalente a varios millones de dólares por deshacerse del disco duro donde había guardado su clave criptográfica.

financieros. En 2015, el Estado de Nueva York dictó una regulación que exige una licencia especial para los negocios que operan con esta tecnología, elevando los costos de ingreso al mercado, pero al mismo tiempo dando un paso para su integración con el sistema bancario formal. Organismos financieros han sancionado a establecimientos de intercambio por no cumplir las reglas relativas a la prevención del lavado de dinero, mientras que otros han solicitado licencias bancarias para su operación.

Más allá del bitcoin, la tecnología que lo sustenta (el *blockchain*), por sus características de seguridad y reducidos costos de transacción, ha mostrado tener un potencial insospechado, desde ser una plataforma para suscribir contratos inteligentes, que se autoejecuten al cumplirse ciertos parámetros, hasta una nueva forma de realizar el registro de la propiedad raíz (tarea que está llevando adelante el gobierno sueco).

En conclusión, nos enfrentamos a tecnologías que pueden generar una disrupción significativa en ciertos mercados, y que además muestran una envidiable capacidad de adaptación. Son nuevas soluciones para antiguos problemas y, en ese sentido, debemos tener especial cuidado al momento de regular estas nuevas tecnologías. Las regulaciones, en general, tienen sus raíces en la prevención de ciertos efectos negativos o en el control de incentivos determinados, que están fundados en las características de sus tecnologías fundamentales. Cuando cambiamos estos fundamentos, debemos revisar nuestras reglas. 🚧

Ester Valenzuela Rivera
y Miguel Cillero Bruñol
Abogados



Crisis del Sename y derechos de la niñez

Lejos de una efectiva garantización



Como sociedad no hemos sido capaces de asumir que el desarrollo y protección de la infancia sea realmente una urgencia, mientras pasan los años y los gobiernos. Satisfacer los mínimos estándares de dignidad y defensa de los derechos básicos de los niños y niñas es una tarea ética y jurídicamente impostergable, solo abordable si se asume como prioridad política, se aportan recursos financieros y se aseguran programas sustentados en la evidencia técnica disponible.

Existe consenso en que el país se encuentra en una profunda y prolongada crisis en relación a la normativa e institucionalidad de protección de los derechos de la infancia. Desde hace más de 20 años que este tema se discute en el Congreso Nacional, se aprueban reformas parciales y se proyecta, sin lograr concretarse, una reforma integral que adapte nuestra legislación a los nuevos desafíos y dé cumplimiento a los compromisos que impone la ratificación en 1990 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN).

Actualmente, el mayor cuestionamiento ha sido

al Servicio Nacional de Menores (Sename), institución encargada por ley de “contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal”. Pese a este mandato legal, el Sename ha estado frecuentemente en la palestra pública por graves informaciones que dan cuenta de numerosas vulneraciones de los derechos, e incluso de muertes de las personas derivadas judicialmente para su protección, ya sea en programas administrados directamente por el Ser-

vicio, como por instituciones colaboradoras privadas sin fines de lucro bajo su supervisión.

Cuando una institución que tiene por finalidad reparar y proteger graves vulneraciones de derechos omite el cumplimiento de sus obligaciones o es negligente en sus actuaciones, los niños y niñas afectados son doblemente desprotegidos y victimizados. Así lo afirmó el informe emanado del Poder Judicial con apoyo de Unicef en 2013, conocido como “Informe Jeldres” (juez de familia que encabezó la investigación para su elaboración), estableciendo en ese momento que había 6500 niños y jóvenes en situación de alto riesgo en las instituciones de protección residencial. Esto dio origen la Comisión Investigadora Sename I, cuyo informe fue aprobado en 2014.

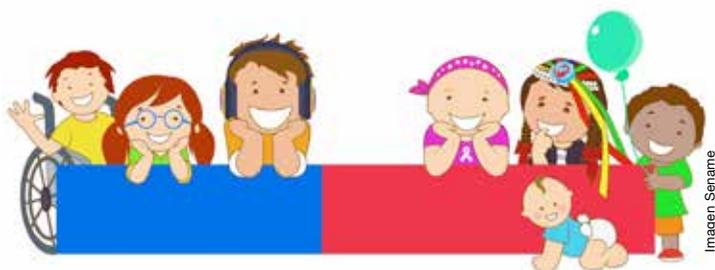
Pero este informe no es el único crítico de la labor del Sename. Existen pronunciamientos de organismos internacionales (Unicef, Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas); de comisiones investigadoras de la Cámara de Diputados por muerte, abuso sexual o malos tratos a niños; informes de la Contraloría General de la República; y críticas de la sociedad civil. En general, el Servicio tiene una muy baja reputación pública, acompañada de noticias permanentes sobre motines, violencia, muertes y desórdenes en sus programas y centros.

Finalmente, no resulta irrelevante recordar que existen investigaciones penales formalizadas sobre la muerte, tortura y malos tratos sufridos por niños y niñas al interior de residencias de protección.

Avance incompleto

Como muestra del consenso político sobre la necesidad de una reforma, tanto el gobierno pasado como el actual han presentado proyectos de ley que apuntan a establecer una Ley de Protección y Garantía de Derechos de la Infancia que derogue la Ley de Menores, ponga término al Sename y cree dos servicios nuevos especializados, separando las funciones relativas a la Justicia Penal Adolescente de la de Protección por vulneración de derechos.

En marzo de 2017 el Gobierno presentó dos proyectos, uno que crea el Servicio Nacional de



Cuando una institución que tiene por finalidad reparar y proteger graves vulneraciones de derechos omite el cumplimiento de sus obligaciones o es negligente en sus actuaciones, los niños y niñas afectados son doblemente desprotegidos y victimizados.

Reinserción Social Juvenil, que además introduce modificaciones a la Ley N°20.084, que regula la Responsabilidad Penal Juvenil; y otro que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de Niños, Niñas y Adolescentes; ambas iniciativas se encuentran en primer trámite constitucional, en el Senado y Cámara de Diputados, respectivamente. Los proyectos definen estos organismos como servicios públicos descentralizados, que gozan de personalidad jurídica propia y se encontrarán bajo la supervigilancia administrativa del Presidente de la República a través de los ministerios de Justicia y Derechos Humanos y Desarrollo Social.

La incorporación del Servicio de Protección Especializada en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social es un avance importante, que se complementa con el proyecto de ley del Gobierno que le otorga responsabilidad a ese Ministerio para la protección en general de los derechos de la niñez, y crea una Subsecretaría específica para cumplir tales funciones. También resulta positivo que las futuras autoridades sean seleccionadas a través del Sistema de Alta Dirección Pública.

Pese a estos esfuerzos, la solución legislativa es de mediano o largo plazo y por sí sola no es suficiente para abordar la grave crisis actual.

El país progresivamente ha tomado conciencia

de la necesidad urgente de establecer los mecanismos idóneos para que el Estado pueda cumplir con su rol de garante de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Especialmente, los de quienes han sido puestos por los Tribunales de Justicia al cuidado del Sename y sus organismos colaboradores en programas residenciales, y de quienes cumplen medidas cautelares o condenas privativas de libertad en el ámbito penal adolescente.

Se debe recordar que de acuerdo a todas las normas jurídicas internacionales y a la evidencia técnica, el ingreso a residencias debe ser una medida de último recurso, siempre transitoria y con el objetivo directo de habilitar las condiciones en el niño y su familia para lograr la reunificación familiar. Cuando ello no es posible por graves razones que atentarían contra el interés superior del niño, se requiere

buscar cuidados alternativos, como las familias de acogida, o incluso, cuando es jurídicamente procedente, la adopción.

Según un informe del Ministerio de Justicia a la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados (2017), existen 247 programas residenciales administrados por organizaciones privadas, que atienden a 7307 personas (1100 de ellas mayores de edad), y 11 residencias administradas por el Sename con 1069 internos. Adicionalmente, el Sename administra centros cerrados y semicerrados para adolescentes infractores de Ley Penal, en los que se encuentran privadas de libertad 1570 personas.

El Ministerio de Salud informó a la misma Comisión que al revisar todos los centros residenciales de protección, se encontró que del total de personas en residencia viven en ellas de modo estable 6716, ya que las demás, según la autoridad sanitaria, estarían solo en forma transitoria en dichas residencias.

ALGO DE HISTORIA

El año 1967 se formó el Consejo Nacional de Menores, en el marco de la Ley de Menores que venía a reemplazar una institucionalidad de comienzos del siglo XX. Un Decreto Ley de 1979 creó el Servicio Nacional de Menores (Sename) como un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, para cumplir funciones como las de “asistir y proteger a los menores y asimismo para orientar, coordinar y supervisar la labor que desarrollen las entidades públicas y privadas que colaboren en dicha misión”.

Más de dos décadas después se realizaron importantes modificaciones. Desde el año 2000 se procedió a una separación administrativa al interior del Servicio en dos departamentos que sepa-

ran las funciones de protección de derechos y las relativas a la Justicia Penal Adolescente. Luego, la Ley N°20.032 de 2005 estableció un Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la red de colaboradores del Sename y el correspondiente régimen de subvención. Dicha ley surgió como respuesta al “Informe Interministerial de Infancia y Adolescencia del Ministerio de Planificación Social” de la época, el cual instaló la necesidad de reformar la institucionalidad dedicada a la infancia. Así se pasó desde una institucionalidad protectora de carácter asistencial hacia una de protección y promoción de derechos impulsada por los principios y directrices contenidos en la Convención de los Derechos del Niño.

Internación como último recurso

Mejorar las condiciones de vida de modo de satisfacer los mínimos estándares de dignidad y protección de los derechos básicos de estas personas parece ser no solo una tarea jurídica y éticamente urgente, sino que abordable si se asume como prioridad política, se aportan recursos financieros y se aseguran programas sustentados en la evidencia técnica disponible.

Según la Convención de Derechos del Niño (CDN), todos ellos tienen derecho a ser cuidados, protegidos y orientados en su desarrollo y ejercicio de sus derechos por sus padres, la comunidad y la sociedad en general. Si los padres no pueden, se les apoya; si definitivamente eso no es posible, se desarrollan cuidados alternativos, siendo la permanencia en residencias una opción de último recurso y de carácter temporal.

Un plan de desinternación parece ser un urgente primer paso; resulta fundamental que todo niño y niña viviendo en residencias cuenten con un abogado especializado que pueda revisar la pertinencia jurídica de la internación, las condiciones en que esta se ejecuta y las posibilidades de egreso, para restituir el derecho del niño/a a vivir en un ambiente familiar. No parece razonable que la garantía de representación jurídica esté asegurada a través de la

247

programas residenciales
administrados por
organizaciones privadas



atienden a

7307

personas



6716

de ellas viven en residencias
en forma estable

.....

11

residencias
administradas
por el Sename



1069

internos

.....

1570

adolescentes infractores
de Ley Penal privados de
libertad en centros cerrados
y semicerrados del Sename



Parece fundamental que todo niño y niña viviendo en residencias cuenten con un abogado especializado que pueda revisar la pertinencia jurídica de la internación, las condiciones en que esta se ejecuta y las posibilidades de egreso.

Defensoría Penal Pública para los adolescentes infractores y no exista un sistema de representación garantizado para los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos.

Es importante tener presente que en otros países este tipo de instituciones han ido desapareciendo paulatinamente e integrándose a un conjunto de políticas universales y de protección social general y especializada, donde los Tribunales de Justicia se han constituido en garantes de los derechos de los niños y niñas y activos vigilantes de la actividad pública y privada de protección y reparación ante las vulneraciones de derechos que ellos puedan sufrir.

Como sociedad no hemos sido capaces de asumir que el desarrollo y protección de la infancia sea realmente una prioridad, pasan los años y los gobiernos y derechos fundamentales como la vida, la integridad física y síquica, salud y educación no están garantizados del todo para aquellos niños y niñas que actualmente se encuentran en residencias.

¡Es necesario que los derechos de la infancia y adolescencia no solo sean promovidos sino efectivamente garantizados! 🙏

María Eugenia Manaud, Pdta. Consejo de Defensa del Estado

“Cualquier sistema puede politizarse y eso es lo que hay que evitar”



Afirma que lo fundamental es preservar la independencia del CDE, con autonomía respecto del poder político y rigurosidad técnica, si bien explica que para lograrlo “no hay una fórmula mágica” y que en la actualidad se trata de un tema en estudio. Su prioridad es modernizar el Servicio, con medidas como reasignación de funciones, desarrollo de los sistemas informáticos y mayor especialización de los abogados integrantes.

Por Héctor Humeres Noguera y Deborah Con Kohan

Resguardando al máximo su intimidad, María Eugenia Manaud, presidenta del Consejo de Defensa del Estado desde marzo de 2017, no responde ninguna pregunta que permita entrever aspectos de su vida personal. Sin embargo, cuenta que para ella asumir este cargo “no fue una decisión fácil”: “Constituía un enorme desafío en materia de gestión, con recursos limitados, y de exposición pública a la que no estoy acostumbrada. No obstante, entendí que hay momentos o circunstancias en que uno debe responder frente al Estado, si es que se considera que se puede efectuar algún aporte o se es la persona que coyunturalmente parece indicada. Además, tuve en cuenta, como he dicho anteriormente, que el Estado me permitió estudiar prácticamente gratis y, por lo tanto, era una forma de retribuirlo desde este Servicio con el que tengo un gran compromiso”.

Hace frío esta tarde en Santiago, pero su despacho está temperado y en esa decoración anodina que suelen tener las oficinas públicas, el toque femenino está dado por un ramo de rosas. Según cuenta, es ella misma quien compra flores todas las semanas, acompañada por su jefa de gabinete y la encargada de comunicaciones del CDE. Hace cerca de 27 años que trabaja en este Servicio -ingresó en 1990 después de haberse desempeñado en Correos de Chile y en la Contraloría General de la República -, y si bien la experiencia previa que tenía en esta repartición ha hecho más breve su proceso de adaptación al nuevo cargo, no le ha restado complejidad: “Es muy distinto el rol de abogado litigante o de consejero, que el del jefe del Servicio

que debe abordar la gestión y administración de los recursos humanos, presupuestarios y materiales, con todo lo que ello implica”.

Su interés por el servicio público ha caracterizado toda su vida profesional, y ya al egresar de la universidad tenía claro que quería ingresar a él, preferentemente al CDE para ser litigante: “Había tenido experiencia como procuradora por varios años en el Consultorio del Colegio de Abogados de Valparaíso, primero, y luego en estudios privados. Como no tenía familiares abogados, tampoco tenía opción de incorporarme a algún estudio privado, y no era exactamente lo que más me atraía”.

- ¿Cuáles son sus desafíos y prioridades como nueva presidenta del Consejo de Defensa del Estado?

- Una de mis prioridades es continuar con la ejecución del Programa de Modernización Institucional (PMI) iniciado en administraciones previas, para lo cual se requieren recursos especiales, porque implica, en lo esencial, una separación de los roles de litigante con los de gestión y soporte. Esto genera en la práctica una reasignación de funciones y algunas incorporaciones de personal en las procuradurías que no cuentan con suficientes profesionales de acuerdo con las cargas de trabajo. Igualmente requiere el desarrollo de sistemas informáticos, lo que tiene un costo importante. Felizmente, el Ministerio de Hacienda autorizó una suplementación presupuestaria que aunque no cubre todo el proyecto en materia de personal, sí permitirá un enorme avance.

“La aplicación de disposiciones del Código del Trabajo a los funcionarios públicos no es procedente, tal como el Consejo de Defensa del Estado ha sostenido ante los Tribunales del Trabajo y las Cortes”.

- ¿Qué otras modernizaciones quiere introducir?

- También espero promover una mayor especialización de los abogados del Servicio, porque en los últimos años se han diversificado los procedimientos y hay nuevos tribunales. Además me gustaría retomar la idea de incorporar al Consejo en la defensa del Estado ante organismos internacionales. Habitualmente el Estado es demandado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos o ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y surgen conflictos que hay que atender. En esa línea, me gustaría crear una unidad de trabajo que estudie y se especialice en el tema, y que pueda litigar en esas instancias.

- ¿Qué características especiales le da a su labor el hecho de ser mujer? ¿Ha sentido discriminación por el hecho de serlo, cree que este es un tema pendiente aún a nivel país?

- Considero que actualmente el género no es un factor determinante en el

desempeño laboral, lo relevante son las competencias y experiencia profesional que uno tenga, independiente del género, pero creo que efectivamente es un tema todavía pendiente pues existen aristas no solucionadas. Sí reconozco que en las últimas décadas ha cambiado sustancialmente el escenario en materia profesional para las mujeres y han existido muchos avances, de hecho hoy en día en el Consejo Pleno del CDE existe paridad de género: hay seis hombres y seis mujeres, incluyéndome a mí. Eso no es producto de una normativa, sino conforme a cómo se han dado los nombramientos, pero sin duda es algo muy positivo.

Graves consecuencias para el sector público

- **Se han estado presentando numerosas tutelas respecto de empleados públicos en sede laboral, siendo acogidas una cantidad importante de ellas. ¿Qué opina al respecto?**

- Estimo que en general la aplicación de disposiciones del Código del Trabajo a los funcionarios públicos no es procedente, tal como el Consejo de Defensa del Estado ha sostenido ante los Tribunales del Trabajo y las Cortes. Como lo ha reconocido un reciente fallo del Tribunal Constitucional, ellos no celebran contrato de trabajo con el Estado sino que adscriben a un régimen constitucional y legal especial y específico, como son, por ejemplo, el Estatuto Administrativo, el de Empleados Municipales y las Leyes Orgánicas de las Fuerzas Armadas y de Orden, entre otros. Todos estos excluyen la aplicación a sus integrantes, con algunas excepciones específicas y expresamente contempladas en la ley, de instituciones propias del Código del Trabajo, llamado a regir las

“Si existiera obligación de dedicación exclusiva, todos nuestros abogados litigantes de Santiago y consejeros requerirían tener oficina en la institución, cosa que hoy no ocurre”.

relaciones laborales entre empleadores y trabajadores privados.

- **¿Qué consecuencias se han derivado de la jurisprudencia que ha concluido lo contrario a lo que Ud. afirma?**

- Eso está causando graves consecuencias para el sector público, en materia de indemnizaciones nunca previstas para el alejamiento de la función, de órdenes de reincorporación de funcionarios desvinculados de la Administración y de las Fuerzas Armadas. El procedimiento de tutela laboral se encuentra definido y destinado por el legislador para los trabajadores del sector privado, pero no para los funcionarios públicos.

- **Sin embargo, existe un vínculo de derecho público del funcionario con la institución a la que pertenece.**

- Ese vínculo es diferente al que se da en la relación laboral entre trabajador y empleador, por lo que las relaciones entre ellos no pueden ser tratadas de la misma forma que aquellas generadas al interior de una empresa privada. El derecho del trabajo, cuya base es la protección del trabajador y la eliminación de la inequidad, es insensible a las particularidades

de la función pública. De ahí que la regulación de la relación entre funcionario y Estado haya sido adoptada en reglas especiales que consideran las particularidades de la actividad pública, las protecciones específicas que los funcionarios poseen, su régimen de ascensos, de sanciones y retiros, entre otros aspectos.

- **¿Esto implicaría cierta indefensión de los funcionarios públicos?**

- Los funcionarios públicos no se encuentran indefensos frente a decisiones arbitrarias de la autoridad, ya que pueden acudir a la Contraloría General de la República y a los tribunales ordinarios de justicia, en defensa de sus derechos y garantías personales.

- **¿Sería factible que el Consejo conciliase algunas causas en lugar de proseguir juicios de largo aliento con resultados inciertos?**

- Sí, porque el CDE tiene la facultad de transigir en el marco de las causas que conduce, y lo hace cuando considera que es la mejor vía para preservar las tesis de la defensa fiscal o estatal y/o para resguardar el patrimonio fiscal. Esto, luego de un análisis riguroso sobre el derecho alegado por el demandante, la prueba rendida y los parámetros jurisprudenciales existentes, por decisión del Consejo Pleno.

- **¿Puede dar algún ejemplo de causas que han estado sujetas a conciliación?**

- Muchas causas en materia de derechos humanos, de indemnizaciones de perjuicios por víctimas de desaparición o muerte han sido transigidas. Y eso porque existe una jurisprudencia adversa para nosotros, por lo que corremos el riesgo de ser condenados a sumas

superiores. Además, se transige mucho en temas de accidentes o de daños en salud. Es positivo potenciar las transacciones en todos los casos en que resulte conveniente económicamente para ambas partes y no exista vulneración de principios.

- Respecto a la designación de los consejeros del CNE, se ha planteado que participe el Senado, para que no sean de exclusiva designación presidencial. ¿Cree que esta es una alternativa acertada, o bien podría conllevar el riesgo de una politización de los nombramientos?

- Considero que no hay una fórmula mágica, pero cualquier sistema puede politizarse y eso es lo que hay que evitar. De igual manera es importante destacar que con independencia de la postura o tendencia política que personalmente puedan tener los consejeros del CDE, deben tomar las decisiones en las causas que les corresponde analizar con total prescindencia política y con rigurosidad. El Consejo y el Servicio son eminentemente técnicos e independientes. Así ha sido siempre.

- ¿Qué sistema de designación le parece mejor a usted?

- En este momento yo no tengo una preferencia marcada por uno u otro sistema. Y precisamente por ello, como es un tema en el que han surgido opiniones y algunos proyectos de ley, una tarea importante a la que estamos abocados es realizar los estudios del caso y analizar las alternativas existentes para llegar a tener esa opinión como Consejo, que preserve la independencia que es esencial para el debido cumplimiento de las funciones, con autonomía respecto del poder político.



Ética de los integrantes del CDE

- ¿Existe un control interno de la ética de los abogados del Consejo, considerando que muchos de ellos también tienen oficinas particulares? ¿Tiene el CDE algún mecanismo de prevención y solución de los conflictos de interés que puedan tener los consejeros y sus abogados?

- Contamos con un Código de Ética, en el que se señala con claridad que no realizamos actividades que sean incompatibles con nuestra condición de funcionarios del Consejo de Defensa del Estado, y cuando nos encontramos ante un potencial conflicto de interés se debe informar a la jefatura. En este sentido, los abogados se inhabilitan si detectan un posible conflicto de interés y lo mismo se aplica en el caso de los consejeros. Ellos no participan del debate ni de decisiones en estos casos. Evidentemente ninguno de nuestros abogados puede litigar o actuar, ni siquiera tangen-

“Se transige mucho en temas de accidentes o de daños en salud. Es positivo potenciar las transacciones en todos los casos en que resulte conveniente económicamente para ambas partes y no exista vulneración de principios”.

cialmente, contra el Fisco de Chile ni sus organismos.

- ¿Existe alguna propuesta para exigir dedicación exclusiva a los abogados del CDE como la tienen los abogados del SII?

-Hay propuestas presentadas por parlamentarios, pero consideramos que ninguna aborda de manera integral el tema. Nosotros pretendemos generar



“En la investigación por fraude en Carabineros hay decenas de imputados que han quedado en prisión preventiva por requerimiento del CDE, por la enorme gravedad de los hechos”.

nuestra propia propuesta, y además consideramos fundamental poder participar y aportar toda la información necesaria durante una eventual discusión legislativa al respecto. Es imprescindible que se considere la opinión y la situación del Servicio. Un punto importante, por ejemplo, es que si existiera obligación de dedicación exclusiva, todos nuestros abogados litigantes de Santiago y consejeros requerirían tener oficina en la institución, cosa que hoy no ocurre. Entonces, en una discusión sería deben considerarse los recursos que son necesarios para llevar a cabo una modificación de esa envergadura. Igualmente,

una obligación de esa naturaleza exige la revisión o estudio de los sueldos a pagar.

- Ha manifestado la necesidad de crear una comisión especializada en defensa ante organismos internacionales. ¿Los abogados del CDE tendrían más experiencia para hacerlo que los abogados del Ministerio de RREE y de Economía, que son quienes llevan los casos en la actualidad?

- No dudo de la experiencia y competencias profesionales de los abogados de la Cancillería y del Ministerio de Economía. Sin embargo, lo habitual es que esos organismos deban contratar abogados particulares para la conducción de esas defensas, lo que implica que el conocimiento y experiencias adquiridos no quedan en el Estado. Me parece que si el CDE tiene la defensa judicial del Estado en Chile, no hay ninguna razón para que no la tenga ante tribunales internacionales o extranjeros. De todas maneras, esto es una idea que cuenta con el apoyo del Consejo Chileno para las Relaciones Internacionales, pero debe ser analizada y ponderada por todos los actores involucrados en la materia, en caso de tener acogida.

- ¿Cómo afronta el CDE situaciones graves que han afectado a los recursos fiscales, como son los casos del Ejército (Milicogate) y Carabineros (Pacogate)?

- Para nosotros son relevantes todas las causas que llevamos y trabajamos para lograr siempre los mejores resultados en beneficio estatal, pero obviamente hay casos, como los que usted menciona, que para nosotros son de la mayor gravedad. Los calificamos como causas de atención selectiva y se asignan a consejeros en conjunto con abogados de la especialidad, quienes trabajan en equipo. En la investigación por fraude en Carabineros, por ejemplo, hay decenas de imputados que han quedado en prisión preventiva por requerimiento del CDE, por la enorme gravedad de los hechos, y en la mayoría de esas audiencias ha representado al Servicio un abogado consejero. Él, junto a la jefa de Defensa Estatal y abogados del Servicio, han trabajado intensamente en esta causa que es relevante no solo por su envergadura y cuantía, sino también porque aparecen involucrados funcionarios públicos con un claro y especial deber de probidad, por lo que el factor de reproche es mucho mayor. Adicionalmente, la circunstancia de que ellos se organizaran masivamente para cometer estos ilícitos también es tremendamente grave.

- ¿Cómo visualiza su vida luego de que se jubile, qué le gustaría hacer?

- Antes del nombramiento como presidenta del CDE había resuelto incorporarme como árbitro al Centro de Arbitraje y Mediación (CAM). Incluso alcancé a prestar juramento, y mi intención al finalizar mi periodo en este Servicio sería dedicarme a eso. 🙏



Caso Nabila Rifo

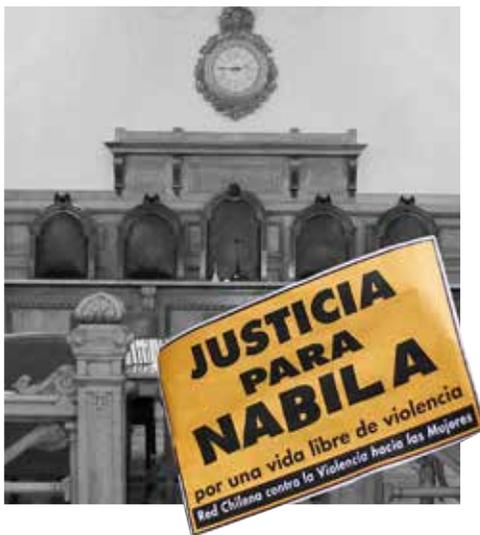
Comentario al Fallo de la Corte Suprema



La rebaja de la pena impuesta originalmente provocó las más diversas opiniones, que en su mayoría discreparon de la decisión adoptada por el máximo tribunal. No obstante, la finalidad perseguida por el acusado no resulta conciliable con un dolo directo homicida.

Sin temor a equivocarnos, podemos sostener que el juicio oral desarrollado ante el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Coyhaique, y que tuvo por objeto juzgar los violentos hechos sufridos por doña Nabila Rifo en el año 2016, no dejó indiferente a nadie. Situación motivada tanto por la crueldad de los mismos, como por la exposición pública de dicha instancia procesal, que fue transmitida en vivo por varios canales de televisión, lo que incluso derivó en la sanción que impuso el Consejo Nacional de Televisión a uno de ellos.

Especial relevancia jurídica despierta el fallo pronunciado por la Excelentísima Corte Suprema el pasado 11 de julio (Causa Rol N° 19.008- 2017), que



El juzgador debe realizar un esfuerzo intelectual por descubrir la finalidad perseguida por personas que, en la mayoría de los casos, son guiadas por las más oscuras motivaciones, que ni siquiera el mismo actor está en condiciones de precisar a ciencia cierta.

que no fue posible apreciar en la dinámica de los hechos probados en el juicio oral que el imputado haya actuado con dolo directo homicida, lo que forzó a recalificarlo como constitutivo de lesiones simplemente graves, en los términos previstos en el artículo 397 N°2 del Código Penal. Con ello se soslayó la realización de un nuevo juicio oral, al amparo del artículo 385 del Código Procesal Penal que autoriza al tribunal revisor a dictar sentencia de reemplazo si el fallo anulado hubiere impuesto una pena superior a la que legalmente correspondiere.

Resulta indispensable tener en consideración que la revisión de la calificación jurídica debe realizarse sobre la base de los hechos que resultaron probados en el juicio, y que en este caso corresponden a los siguientes: “el acusado golpeó en reiteradas oportunidades en la cabeza de la víctima con dos

acogió parcialmente el recurso de nulidad intentado por la defensa del señor Ortega, y que implicó una rebaja de la pena impuesta originalmente. Esta reducción provocó las más diversas opiniones tanto de expertos en derecho como de autoridades políticas, quienes en su gran mayoría discreparon del sentir de nuestro máximo tribunal en orden a recortar la pena aplicada a quien fuera el responsable de una agresión tan brutal.

En un primer término el señor Ortega fue condenado como autor de los delitos de violación de morada violenta, lesiones graves gravísimas y femicidio, en grado de frustrado. Este último ilícito fue objeto de revisión por la Segunda Sala de la Corte Suprema, debido a

trozos de concreto que portaba en sus manos, provocando múltiples fracturas en su cráneo, para luego retirarse del lugar y volver casi inmediatamente sobre la víctima, procediendo a introducir un elemento punzante en sus ojos y remover ambos globos oculares cortando el nervio óptico y causando la enucleación total bilateral que provocó en la víctima la pérdida total e irreversible de la vista”.

Es sobre estos hechos, y no otros, que la Corte Suprema debió decidir, primero, si debían ser considerados como una unidad natural de acción -un solo delito independiente de la calificación jurídica que reciba- como esgrimió la defensa; y luego si eran constitutivos de dos delitos de lesiones -simplemente graves y graves gravísimas- o, en su defecto, constitutivos de femicidio frustrado y lesiones graves gravísimas, respectivamente.

La Excelentísima Corte, con razón, optó por estimar que ambos hechos configuran un concurso real y no ideal, al no superar el llamado test de “necesidad” o “evitabilidad”, al ser perfectamente concebible la realización de cada acto por separado -agresión con trozos de concreto y posterior extracción de ojos- sin que la omisión del primero conlleve forzosamente la omisión del segundo. Esto implicó descartar la tesis levantada por la defensa, como uno de los fundamentos subsidiarios del recurso de nulidad deducido, en orden a que ambos hechos configuran la reclamada unidad natural de acción.

Despejado el punto anterior, que a nuestro entender resulta evidente, nos invita al análisis el elemento subjetivo presente en el primer acto del llamado “Hecho N°2” de la acusación fiscal. Esto es, si los golpes realizados mediante los dos trozos de concreto revelan un dolo directo homicida; un dolo eventual homicida, o tal como lo estimó la Corte, solo un dolo de lesiones simplemente graves.

Para dicho análisis el máximo tribunal descartó de plano que la dimensión o faz subjetiva de un delito que se encuentra en una etapa imperfecta de desarrollo -tentativa o frustración- esté conformada por un dolo distinto al directo o de primer grado -la realización del hecho delictivo es la meta del sujeto

que actúa-, desechando, por ende, la concurrencia del dolo eventual.

Si bien lo anterior pudo haber sido objeto de mayor discusión, en atención a que no pocos autores entregan poderosos argumentos que permiten sustentar un delito frustrado con dolo eventual, ello, a nuestro entender, hubiera resultado estéril por cuanto la dinámica de los hechos probados revela indefectiblemente un dolo de lesionar, no de matar.

Análisis de la intencionalidad

Resulta indispensable en este punto recordar que todos los elementos del delito deben ser probados en el respectivo juicio, no pudiendo darse por supuesto ninguno de ellos. En ese sentido, despierta especial dificultad la prueba de aquel que solo encuentra su asiento en la mente de quien actúa, como el dolo. Este debe ser precisado a partir de un juicio de inferencia, que tiene como punto de partida los comportamientos del sujeto activo que trasuntan a lo subjetivo, y que desencadenan un cambio en el mundo exterior perceptible por los sentidos; resultando ser dicha prueba meramente indiciaria.

Para el Tribunal Oral de Coyhaique, contrario a lo que en definitiva resolvió la Corte Suprema, resultó inequívoco -como se expresa en el considerando 85°- que el acusado, al extraer los dos ojos, modificó la forma de su primitivo accionar, el cual evidenció un “claro propósito de privarle la vida a la víctima, abandonando su conclusión a su curso natural”. En ello no tuvo incidencia la enucleación, acción desprovista de intencionalidad homicida, como revelaron los informes médicos evacuados a su respecto, y que concluyeron que dicha acción no imprimió al cuadro general de salud un riesgo vital adicional.

La reflexión realizada por el Tribunal de Instancia no responde, en nuestra opinión, a un juicio de inferencia, si no más bien a la necesidad de condenar de manera ejemplar al responsable de actos que implicaron una violenta transgresión a los más elementales derechos humanos, modificando para siempre la vida de una persona.

Este juicio de inferencia exige ponderar el orden de los ataques, siendo este clave a la hora de precisar el fin, meta o propósito perseguido por el acusado al golpear a la víctima; esta determinación jurídica habría variado diametralmente si el acusado hubiera actuado en un orden inverso, realizando primero la enucleación, y luego el ataque con los dos pedazos de concreto.

Las máximas de la experiencia, tal como lo refiere el considerando sexagésimo del fallo de la Corte Suprema, indican que quien persigue una finalidad homicida realiza todos los actos objetivamente idóneos y necesarios para la consecución de dicho fin. De esta manera, no resulta razonable pensar que quien ejecuta, primero, una acción con miras a provocar la muerte, realice, después, una segunda acción -enucleación- que se encuentra desprovista de dicha finalidad, guiada más bien por el objetivo de provocar un daño permanente en la víctima, al transformarla en una persona distinta, y que solo cobra sentido si esta no fallece.

Este simple, pero razonable análisis, nos permite sostener que la finalidad perseguida por el acusado no resulta conciliable con un dolo directo homicida, el cual, de estar presente, no lo hubiera guiado a volver al sitio del suceso, primero. Y luego, al percatarse que su víctima aún se encontraba con vida -testigos indican que ello era evidente- sería lógico pensar que hubiera completado la obra iniciada con el primer ataque, en desmedro de la acción efectivamente ejecutada, y que técnicamente no contribuyó a la consecución del supuesto fin original.

Sin duda lo aquí sostenido puede despertar opiniones contrarias para quienes aprecian la concurrencia de un dolo directo homicida, pero estas discrepancias son naturales. Responden a la intrínseca dificultad que estriba el esfuerzo por tratar de precisar un elemento que no encuentra su correlato en el mundo físico. Así, el juzgador debe realizar un esfuerzo intelectual por descubrir la finalidad perseguida por personas que, en la mayoría de los casos, son guiadas por las más oscuras motivaciones, que ni siquiera el mismo actor está en condiciones de precisar a ciencia cierta. 🗑️



Descentralización territorial

Un esfuerzo de largo plazo

Además de la transferencia de poderes a las regiones, este proceso tiene aspectos políticos, normativos y fiscales que entrañan significativas ventajas, pero también algunos riesgos importantes.

Libertad, igualdad, interés superior del niño y buen padre de familia, entre muchos otros, son conceptos que todos compartimos. Nadie se opone a la libertad; todos estamos de acuerdo en que se trata de un valor superior sobre el cual se estructura nuestra democracia. Sin embargo, los problemas surgen cuando tratamos de darle un contenido específico a esos términos. La libertad no tiene el mismo alcance para unos y para otros, para unas cortes y para otras.

Con la expresión descentralización administrativa ocurre lo mismo. Todos concuerdan en que es necesario trasladar cierto grado de poder a las regiones, pero las divergencias surgen al momento de definir qué poderes se deben transferir desde Santiago a estas, cuál debe ser su alcance, cuál su intensidad y cuáles sus restricciones.

En este artículo no pretendemos establecer qué tipo de régimen es el ideal para descentralización -o administración subnacional-,

Arica y Parinacota



sino tan solo explicar los principales aspectos que encierra este concepto y los problemas básicos que su discusión acarrea. Para ello cabe comenzar desde un antecedente, como es que la vida cultural, las ofertas de trabajo y las mejores universidades están en Santiago. Esos son algunos de los ejemplos que motivan a la gente a trasladarse a la capital. Y ese es el nudo gordiano que debemos atacar.

Ahora bien, la descentralización tiene al menos cuatro dimensiones: la transferencia de poderes a las regiones, la descentralización política, la descentralización normativa y la descentralización fiscal.

En primer lugar, en la descentralización importa definir qué poderes, competencias y potestades deben transferirse desde el nivel central al nivel regional. Esto no implica que la definición deba ser qué poderes serán ejercidos de mejor forma por las regiones en función de que serán desempeñadas de mejor forma por el nivel subnacional, pues, al final del día, las regiones tienen el derecho a equivocarse y enmendar el rumbo. Así, lo anterior supone decidir qué decisiones deben ser tomadas por las entidades subnacionales. Algunas de ellas serán ejercidas en forma autónoma y otras de manera colaborativa con la administración central.

La descentralización, como fenómeno político, significa una tensión implícita entre el gobierno central y las regiones, pues implica transformaciones sustanciales al poder en la administración del Estado. De allí que el poder central sea la mayor fuerza opositora, silenciosa pero eficiente, a la descentralización.

Un efecto positivo de la descentralización dice relación con la competencia que se generará entre los gobiernos regionales. Si estos se encuentran mejor administrados atraerán mayores niveles de inversión y de proyectos productivos, incentivarán la toma de decisiones públicas de mejor calidad y atraerán mejores profesionales a la región.

Consideraciones importantes

Junto a sus ventajas, la descentralización también plantea varios desafíos. El primero es que Chile es un Estado unitario, de modo que cualquier diseño legislativo debe respetar esta forma de organización. De allí que la descentralización no puede extenderse a

La descentralización, como fenómeno político, significa una tensión implícita entre el gobierno central y las regiones, pues implica transformaciones sustanciales al poder en la administración del Estado.



La Araucanía



El capital intelectual se queda en Santiago. Esto genera la falta de una capacidad humana e instalada en las regiones.

los demás poderes del Estado, como los tribunales de justicia y el Congreso Nacional, sino que solo a la administración del Estado.

El segundo desafío es que en este Estado unitario debe existir una coordinación entre los órganos administrativos. Es

decir, los gobiernos regionales no pueden eximirse de desempeñar sus competencias sin colaborar con el resto de la administración pública. Dicho de otro modo, no pueden transformarse en entidades autárquicas que no dialoguen con los demás entes administrativos. Por ejemplo, frente a una catástrofe natural, los gobiernos regionales deben articular sus esfuerzos con las comunas y con los servicios del gobierno central que operan en la región, como Carabineros de Chile y la Oficina Nacional de Emergencia.

En su dimensión política, la descentralización supone, necesariamente, que los habitantes deben elegir a sus representantes. Esta es una de las bases del Estado de Derecho democrático de los tiempos modernos y, por ello, la soberanía del pueblo debe manifestarse y ejercerse a través de sus representantes más directos inmediatos, que son las municipalidades y las regiones.

En tercer lugar, la descentralización debe contener un aspecto normativo. Es decir, las regiones deben

tener una suerte de potestad reglamentaria para dictar resoluciones o reglamentos regionales, esto es, para emitir las normas administrativas que estimen convenientes para la regulación de las actividades locales. En este sentido, la experiencia municipal ha sido efectiva y nada impide que ella sea tomada como modelo para los gobiernos regionales.

Ello se justifica además en la idea de que no todas las regiones sufren los mismos problemas; de allí que ellas sean las que estén en mejores condiciones de enfrentarlos. El desafío acá, evidentemente, es que estas normas no pueden contradecir la Constitución Política, las leyes y los reglamentos dictados por el Presidente de la República. Del mismo modo, deben existir mecanismos judiciales que permitan reclamar a quienes se sientan afectados por los reglamentos regionales. Todo poder viene acompañado del peligro del abuso de la autoridad, de modo que requiere poder ser controlado en sede judicial.

Finalmente, la descentralización tiene un aspecto presupuestario o fiscal, que comprende un doble tema, como es el ingreso de recursos y sus gastos. Atendido el concepto que en el contexto de la descentralización del país se ha venido instaurando en la conciencia jurídica y política nacional, la Constitución Política regula una forma especial en esta etapa de formulación de las necesidades financieras de los gobiernos regionales, y progresivamente ha ido dotándolos de mayor autonomía en el manejo de sus finanzas.

En la actualidad las regiones solo aprueban un proyecto de presupuesto que remiten a la Dirección de Presupuestos, y que en definitiva es aprobado por el Congreso Nacional. Por el contrario, las municipalidades sí aprueban sus propios presupuestos.

Los principales recursos de los gobiernos regionales son los que provienen del Fondo Nacional de Desarrollo Regional; los ingresos que derivan de los derechos que presten por los servicios y concesiones que otorguen; los que provienen de impuestos que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional; los que emanan de los convenios de programación; y los aportes contemplados en la Ley de Presupuestos para el Sector Público y



Biobío



Los Lagos

asignados a través del gobierno central.

Por una parte, estos últimos ingresos constituyen la gran mayoría de los recursos, lo que condiciona el contexto financiero de los mismos. Por otra parte, los gastos están fuertemente condicionados, tanto por las restricciones que impone la ley de presupuestos, como por el hecho de que la inversión de estos recursos está intensamente controlada y fiscalizada por el gobierno central a través de la Dirección de Presupuestos.

Por tanto, existe una barrera que debe ser atendida: la existencia de los tributos de afectación, que impide que las actividades que tengan una identificación regional -con excepciones, eso sí- queden en el poder de los gobiernos regionales. Asimismo, se echa de menos la existencia de una ley de rentas regionales, equivalente a la Ley de Rentas Municipales.

Un problema severo dice relación con el equilibrio presupuestario subnacional. En este sentido, se corre el riesgo de un manejo fiscal irresponsable, que obligue al gobierno central a ir en rescate de las regiones financieramente mal administradas.

Mecanismos para atraer capital humano

Finalmente, no sacamos nada si aprobamos una excelente ley que descentralice el poder, dado el atractivo que tiene la capital para atraer inteligencia. Una gran cantidad de alumnos universitarios de regiones, algunos de excelente rendimiento e incluso algunos de nuestro mejores profesionales -en general, mi propia experiencia se refiere a talen-

tosos estudiantes que se titulan de abogados-, no vuelven a sus ciudades de origen. El capital intelectual se queda en Santiago. Esto genera la falta de una capacidad humana e instalada en las regiones, y consecuentemente la inexistencia de profesionales capaces de agregar valor en ellas.

Siendo ello así, debiéramos pensar en mecanismos que atraigan a profesionales, doctores, abogados e ingenieros, entre otros, a las regiones. Una alternativa podría ser becas para los alumnos de regiones, sujetos estos a la condición de volver a sus ciudades de origen. Lo mismo podría hacerse con las universidades estatales regionales, en la medida que ellas sean capaces de ofrecer una educación de calidad a los alumnos y los incentiven a permanecer en sus regiones.

Sin embargo, este problema no se soluciona solo con leyes, sino ante todo con políticas públicas que deben adoptar los propios gobiernos regionales, para fomentar el desplazamiento de expertos hacia las regiones. En consecuencia, la descentralización no será el fruto inmediato de una reforma legislativa o constitucional. Es un proceso que no operará automáticamente, ya que será el resultado de un esfuerzo de largo plazo y de profundas transformaciones en la cultura nacional. 🚧

Se corre el riesgo de un manejo fiscal irresponsable, que obligue al gobierno central a ir en rescate de las regiones financieramente mal administradas.

Pedro Ignacio Alborno Sateler
 Abogado
 Presidente Consejo Regional Talca
 del Colegio de Abogados A.G.



Colegios Regionales Una nueva estructura nacional para el Colegio de Abogados

A contar de esta edición la Revista del Abogado abrirá una tribuna para recoger las opiniones de los Colegios Regionales, con el objetivo de establecer vínculos más cercanos con ellos. Esta iniciativa se une a los Consejos ampliados que hemos estado celebrando desde hace un tiempo en nuestras dependencias en Santiago y a las transmisiones vía *streaming* del ciclo de conferencias “Los Martes al Colegio”.



A quienes ejercemos en regiones, nos llama la atención que el Colegio de Abogados de Chile A.G. sea una organización que aspira a representar a todos los abogados del país, pero en cuyas elecciones solo participan los colegas afiliados a la estructura central existente en Santiago. Sin duda que los Estatutos del Colegio consignan la existencia de Consejos Regionales, pero los socios de estos parecen no ser miembros de pleno derecho de la institución.

A través de los años, las filiales del Colegio en la gran mayoría de las capitales regionales -Valparaíso y Concepción, entre ellas- han organizado asociaciones gremiales propias, sin perjuicio de que ellas se consideran y se presentan como parte de una estructura nacional del gremio. Así, los asociados de regiones votan en la elección de sus propios dirigentes.

Además, dentro de cada región, los Consejos Regionales o las asociaciones gremiales en que estos se han transformado suelen agrupar a los abogados de la ciudad asiento de la Corte de Apelaciones, dejando en la práctica excluidos a aquellos que ejercen en otras ciudades de la región o zona respectiva. Estos últimos, a su vez, han respondido con la creación de asociaciones gremiales a nivel de la provincia, las que suelen actuar autónomamente respecto de la estructura “regional” y nacional. Así, por ejemplo, en la Región del Maule, el Consejo Regional funciona en la ciudad de Talca, con muy pocos socios fuera de ella, mientras existen paralelamente las asociaciones de abogados de Curicó, Linares y Cauquenes.

Quizás la trayectoria y las particularidades de nuestra profesión expliquen y hasta en alguna medida justifiquen la actual estructura. Pero me parece que no estaría demás repensar el tema para ir avanzando progresivamente en una nueva estructuración nacional del gremio. Por lo demás, no sería una

innovación total, pues hace algunos años el Consejo General del Colegio sesionó con la asistencia de los presidentes regionales, pero sin derecho a voto por parte de estos.

Es curioso que entre los profesionales del derecho no tengamos una normativa que estructure claramente los niveles nacional, regional y provincial de nuestra organización. Otros gremios profesionales, tales como los profesores o médicos, hace tiempo que se han dado una organización territorial que, por una parte, permite que los distintos niveles puedan enfocarse autónomamente en los problemas locales o regionales; y que, por otra parte, establece una instancia central que las coordina y las representa ante los temas de índole nacional. Debiéramos ser los abogados -con nuestra *expertise* en la generación y aplicación de normas- quienes lideráramos la regulación en estas materias. ¿En casa de herrero cuchillo de palo?

Hay que decir que no es la intención de este artículo minusvalorar la gestión importantísima que en los últimos años ha estado cumpliendo la Directiva Nacional del Colegio. Eso, en mi opinión, está fuera de discusión. Tampoco es posible desconocer el peso específico que tiene el gremio de la capital.

Lo que proponemos simplemente es adecuar la estructura del Colegio a los tiempos actuales, pues durante las últimas décadas la realidad de la profesión ha cambiado substancialmente en regiones. Varias capitales regionales que antes no tenían escuelas de Derecho, o tenían solo una, hoy disponen de varias; el número de profesionales que ejercen en ellas se ha multiplicado; existe una creciente conciencia de la necesidad de propender a la descentralización del país, etc., etc. El desafío es comprender esa nueva realidad, captando, canalizando y haciendo fructífera la razón y la fuerza de todos los abogados de Chile. 🙏



Es importante destacar que las expresiones vertidas en las distintas columnas que iremos presentando en esta sección son de responsabilidad exclusiva de quien las escribe y no representan necesariamente el pensamiento de nuestro Colegio.

Libros

CONTRATOS ESPECIALES DE OPERACIÓN PETROLERA

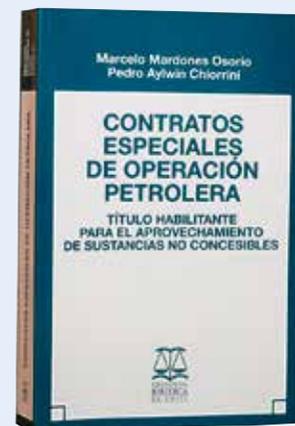
Marcelo Mardones O. y Pedro Aylwin Ch.

Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2017, 518 páginas.

Esta obra constituye el primer texto de nuestra literatura sobre derecho de minería que aborda en detalle el régimen jurídico de los contratos especiales de operación petrolera. El análisis se extiende también a las regulaciones comparadas existentes en la materia, entregando un estudio acucioso de los derechos comparados más próximos en materia de hidrocarburos. Asimismo, se ofrece un estudio del régimen constitucional de aprovechamiento de las sustancias no

concesibles, así como de las normas de rango legal y reglamentario atinentes a dichas sustancias, con especial énfasis en el contrato especial de operación.

Se ha buscado plasmar en un único texto toda la práctica administrativa que al respecto se ha generado, junto a la jurisprudencia administrativa y judicial existente en la materia, con la intención de colaborar también con el legislador, en orden a permitir vislumbrar los vacíos actualmente existentes en nuestra normativa.





Infancia vulnerada ¡Los niños no pueden seguir esperando!

Para el alto número de niños que están residiendo fuera del entorno familiar, la respuesta del Estado resulta absolutamente insuficiente, por lo que la necesidad de dar nuevas soluciones es probablemente una de las mayores urgencias de este país.

Como es de todos conocido, la escasa institucionalidad de infancia con la que cuenta nuestro país se encuentra en crisis. La realidad de un número muy importante de niños que se hallan institucionalizados, con escaso o nulo contacto con sus familias, así como el dramático descubrimiento de que una cifra alta de ellos han fallecido en esas condiciones -por razones en algunos casos determinadas, pero en otros indeterminadas-, ha golpeado a la opinión pública, existiendo en ella un profundo cuestionamiento al modo en que las autoridades han reaccionado frente a esos hechos.

El número de niños atendidos por Sename es de casi 235.000, niños que ingresan ya sea por vía del programa de protección de derechos, de adopción o de justicia juvenil, y de los cuales cerca de 10.500 se encuentran en la modalidad residencial. Para ese alto número de niños que están residiendo fuera del entorno familiar, pareciera entonces que la respuesta estatal resulta absolutamente insuficiente, por lo que la necesidad de dar nuevas soluciones es probablemente una de las mayores urgencias de este país.

Pese a ello, es necesario comenzar por advertir la complejidad que supone esa tarea, habida cuenta de varios factores.

Primero, tenemos una falencia estructural consistente en la ausencia de una política estatal de infancia, que tenga una visión de largo plazo, basada en un diagnóstico claro y extenso de la realidad en la que se encuentran los niños en Chile, en especial los más vulnerables. En efecto, lo que hemos tenido hasta ahora son políticas gubernamentales y, por lo mismo, que varían cada vez que cambia la autoridad presidencial.

Tal es así que nuestra legislación de infancia se compone de un cuerpo variado de normas que se



han ido dictando en el tiempo, con distintos objetivos y enfoques, sin que exista una visión de conjunto. Muestra palmaria de ello es que la Ley de Menores de 1967 -que es la ley marco- contiene un articulado que, en buena parte, se encuentra modificado por leyes posteriores como, entre otras, la Ley de Filiación N°19.585 de 1998 y de Tribunales de Familia N°19.968 de 2004. Otra parte de su articulado se encuentra derechamente derogado.

De este modo, carecemos de un cuerpo normativo sistemático, que contenga los principios rectores de la política de infancia; sepa distinguir las distintas realidades de infancia que existen en Chile; y contenga una institucionalidad que responda a las falencias que plantea la existente. En especial, no existe un sistema preventivo, a nivel local, que permita detectar a tiempo la situación de riesgo para un niño y, con ello, evitar que se llegue a la vulneración de sus derechos. La respuesta es siempre ante la inminencia, lo que afecta su oportunidad y eficacia.

Falta de coordinación

En segundo término, las falencias que es necesario corregir para poder superar la crisis cruzan toda la acción estatal. Resulta imposible referirlas todas, pero al menos pueden apuntarse algunas de las que han sido relevadas por los actores del sistema de infancia.

Así, desde la acción ejecutiva, pueden advertirse problemas en distintos ámbitos. En la atención concreta otorgada por la Red Sename, puede apuntarse a la insuficiente duración de los programas de intervención actualmente existentes; la escasa capacitación del personal que atiende en los centros residenciales; y la limitada evaluación y fiscalización de la calidad de atención que se otorga en esos centros. En la relación de la Red Sename con los Organismos Colaboradores (OCAS), se advierte una insuficiente coordinación, que resulta un nudo crítico si se tiene presente que el 96.2% de los centros de residencia son administrados por privados.

Por su parte, la reacción del poder legislativo ha sido también insuficiente, en cuanto no ha sido capaz de generar la normativa indispensable para dar un tratamiento más ajustado a las necesidades actuales,

y los proyectos de ley que se presentan o aprueban contienen deficiencias técnicas que complotan contra su debida comprensión y, por ello, terminan por no dar solución a las reales necesidades.

Por último, la respuesta judicial manifiesta importantes problemas, entre otros, como la falta de debido proceso en los procedimientos de familia, exacerbado por la ausencia de representación judicial efectiva del niño; y la indebida resolución hasta el presente del equilibrio que debe existir entre la aspiración por la celeridad que debe caracterizar a un procedimiento cautelar o adoptivo, con la calidad de la justicia que se imparte.

Con ello se alude a que una justicia es buena no solo porque es rápida, sino también porque es justa y, en esta materia, basta considerar, por ejemplo, la calidad de la prueba a partir de la cual el juez decide si separa o no a un niño de su familia; la inminencia con que ella llega a la audiencia (frecuentemente el mismo día); y la falta de uniformidad de los criterios judiciales para determinar cuándo existe una vulneración de derechos. Mencionamos estos puntos para advertir que son extremos que requieren una reforma profunda.

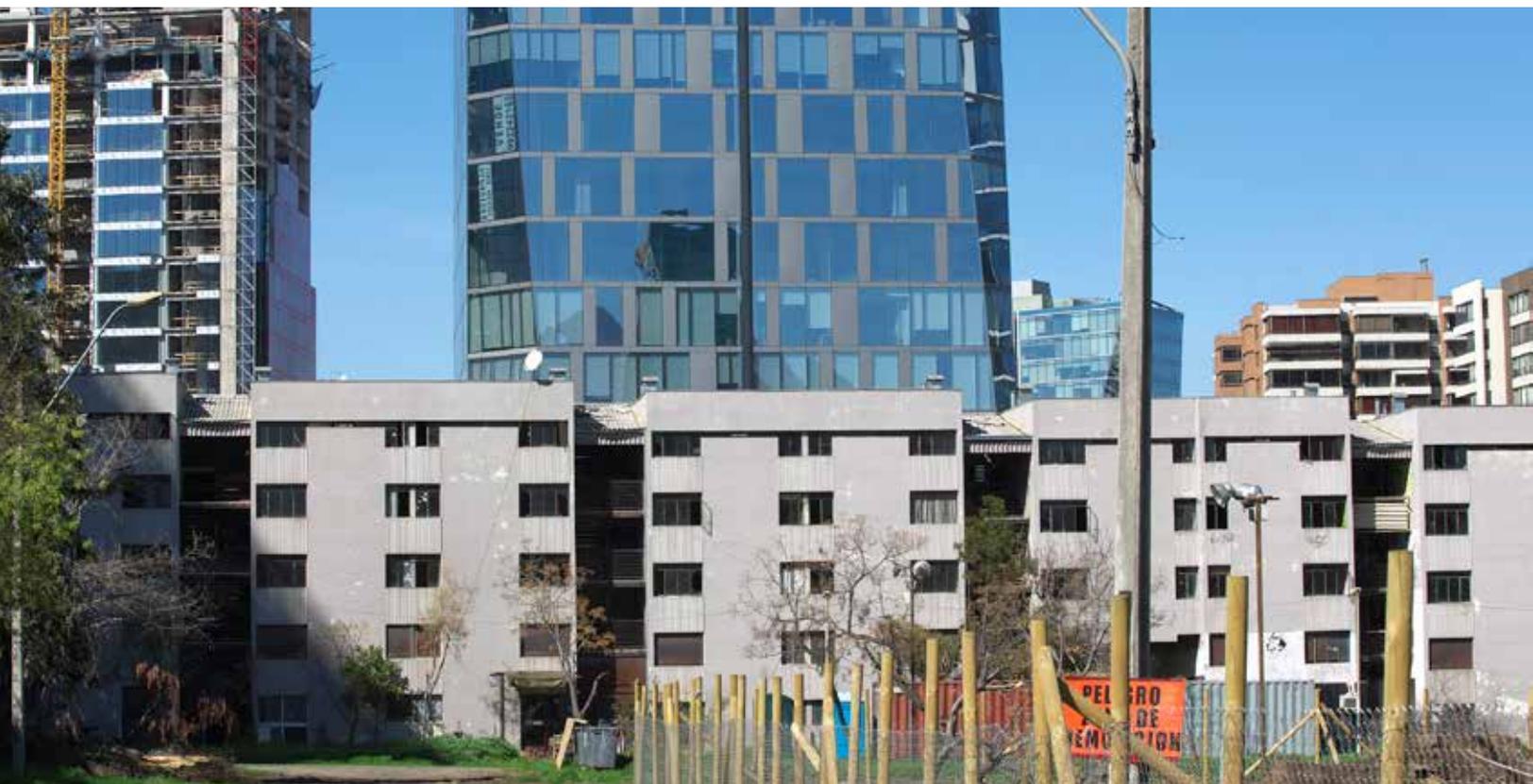
Todo lo anterior determina que una evaluación objetiva y realista permite concluir que el cúmulo de reformas necesarias para poder salir de la crisis existente es muy variado. Estas deben apuntar a distintos objetivos, pero complementarios, y por lo mismo deben hacerse de forma coordinada. Entre ellas hay algunas urgentes y otras de mediano o largo plazo, por lo que sus efectos no se verán en el corto tiempo. Por tanto, si se quiere afrontar esta reforma con seriedad, debe hacerse sin pretender apuntarse logros mediáticos y desde un trabajo conjunto de todos los actores del sistema de infancia del sector público o privado, con una mirada de largo plazo, puesta única y exclusivamente en aquellos niños que no pueden seguir esperando. 🚫

Nuestra legislación de infancia se compone de un cuerpo variado de normas que se han ido dictando en el tiempo, con distintos objetivos y enfoques sin que exista una visión de conjunto.



Regulación expropiatoria

Dudas sobre la Ley de Monumentos Nacionales



El ordenamiento jurídico debe propender hacia una mayor coherencia y armonía, de modo que el disfrute de bienes públicos no sea a costa del sacrificio especial de un individuo en particular.

Los casos recientes sobre la declaratoria de monumentos nacionales de la Villa San Luis, en Las Condes, y la Casa Italia, en Viña del Mar, han reabierto el viejo debate sobre la frontera entre la regulación y la expropiación. Por un lado, se encuentra el legítimo deseo de autoridades o grupos de interés de preservar o proteger ciertos inmuebles que reúnan determinadas características, y por otro lado, el igualmente legítimo derecho de propiedad de los dueños sobre su bien raíz. La pregunta entonces es si el ordenamiento jurídico armoniza estas posi-

ciones, o bien si las hace incompatibles. Para ello debemos identificar los elementos que nos permitan comprender cuándo la regulación estatal adquiere características expropiatorias, lo que en doctrina se conoce como “Regulación Expropiatoria”.

Cuando una regulación “va demasiado lejos”

Es claro entre nosotros cuándo y cómo se produce una expropiación formal, cuáles son sus causas, requisitos legales y constitucionales, y los derechos que amparan al expropiado; principalmente, la compensación por el bien expropiado (Artículo 19 N°24 CPR). Sin embargo, cuando el Estado regula un bien privado con un objetivo público a un nivel considerable, esa regulación toma caracteres idénticos a una expropiación o, mejor dicho, produce los efectos de una expropiación, pero sin que operen sus formalidades ni garantías ni, muchísimo menos, una indemnización. Quizás, podría hablarse de una expropiación -y no de una expropiación- toda vez que no existe compensación alguna, ni transferencia formal de la titularidad del bien.

Esta doctrina tiene su origen en Estados Unidos, en 1922, en la sentencia “Pennsylvania Coal v. Mahon”, de la Corte Suprema de ese país, en palabras del famoso juez Oliver Wendell Holmes, al sostener que “la regla general es, al menos, que mientras la propiedad puede ser regulada a cierto punto, si esta regulación va demasiado lejos, será reconocida como una expropiación”. Para Holmes, el análisis costo-beneficio de una política pública en beneficio colectivo, no releva al Estado de su obligación de pagar. Esta obligación no fluye desde el escepticismo de un tribunal acerca de la racionalidad o irracionalidad de una ley, sino del sentimiento de injusticia - y también de ineficiencia o falta de incentivos correctos - de redistribuir los derechos de propiedad y las cargas públicas de conformidad al ordenamiento constitucional.

Regulación Expropiatoria en el Tribunal Constitucional chileno

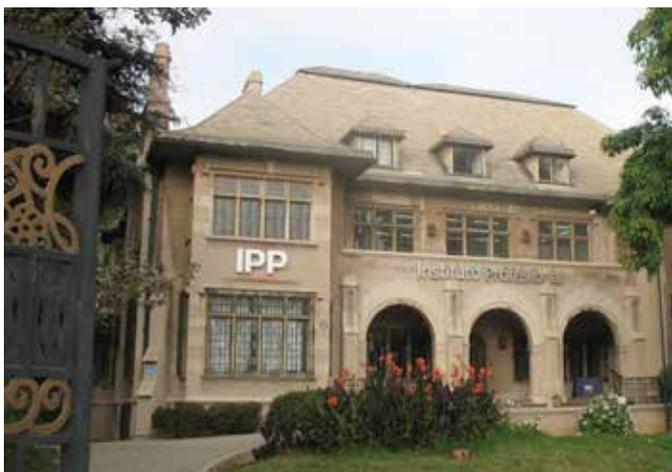
La trazabilidad de esta doctrina nos remonta implícitamente a diversas sentencias de la Corte Su-

prema, como el célebre “Comunidad Galletué con Fisco”(1984), “donde debieron expropiarse los bosques (de Araucaria) para cumplir con la Constitución y no habiéndose llevado a efecto ese acto jurídico, la misma disposición establece que deberá indemnizarse el daño patrimonial efectivamente causado por los tribunales ordinarios de justicia”; o en “Maullín con Fisco” (2004), donde precisamente se acogió la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley de Monumentos Nacionales (cuando el recurso de inaplicabilidad aún era competencia de la Corte Suprema). Sin embargo, el Tribunal Constitucional es el primero en reconocer expresamente la doctrina de la regulación expropiatoria.

En efecto, en las sentencias sobre “Peajes Eléctricos” (Roles 505 y 506), también denominado “Caso Transelec”, el TC falla que “habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes). Sin embargo, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, este podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que este conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”.

El concepto también es mencionado en el Rol 2.751, pero esta vez precisando que “el presente caso no se subsume dentro de las llamadas regulaciones expropiatorias, porque el problema que aqueja a la requirente -según propia versión- no proviene exactamente de aplicar las regulaciones y limitaciones establecidas en la Ley General de Servicios Eléctricos, sino que, a la inversa, sería el incumplimiento de sus reglas”. Finalmente, en los

Desde el punto de vista constitucional y regulatorio, se presentan razonables incertidumbres en cuanto a la naturaleza jurídica de una normativa que permite restringir o anular derechos garantizados.



Los casos recientes sobre la declaratoria de monumentos nacionales de la Villa San Luis, en Las Condes, y la Casa Italia, en Viña del Mar, han reabierto el viejo debate sobre la frontera entre la regulación y la expropiación.

Roles 3.099 y 3.100 el Tribunal Constitucional, vuelve a utilizar el concepto -para descartar que las multas constituyan regulaciones expropiatorias-, pero haciendo expresas referencias a su origen en la doctrina jurisprudencial norteamericana, al sostener que “el concepto de expropiación regulatoria nace del derecho anglosajón, a través de la diferenciación con la expropiación física, pues dejan al dueño en posesión del bien, pero sujeto a restricciones en la facultad de uso, desarrollo o disposición del mismo”.

Con todo, el TC no ha terminado de perfilar los contornos precisos de esta institución. En “Curtidos Bas” de 2015, donde el Tribunal modificó su jurisprudencia en materia de derecho de propiedad hacia una más protectora, el análisis se centró demasiado en aspectos puntuales del caso y desaprovechó la oportunidad de dar un marco conceptual y constitucional coherente a esta doctrina. En particular, una debida articulación del derecho de propiedad, de la prohibición de afectar los derechos en su esencia, y de la igualdad ante las cargas públicas.

Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría

Cabe preguntarse si determinadas disposiciones de la Ley de Monumentos Nacionales (LMN) podrían reunir las características de una regulación expropiatoria. Especialmente, los Artículos 11 y 12 de la Ley de

Monumentos Nacionales señalan que una vez declarada una propiedad bajo la categoría de Monumento Histórico, “quedan bajo control y supervigilancia del Consejo de Monumento Nacional y todo trabajo de conservación, reparación o restauración de ellos, estará sujeto a su autorización previa”. A su turno, la ley obliga a que el propietario debe conservar el inmueble debidamente y “no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna”, sin autorización previa del Consejo. Lo anterior incluye, por ejemplo, el cambio de destino del inmueble (de residencial a comercial). Cabe mencionar que la ley, que data de 1970, no establece compensación alguna por la imposición de esta carga, la cual puede ser solicitada por cualquiera autoridad o persona por escrito, debiendo indicar únicamente los antecedentes que permitan declararlo tal.

En cuanto a la coexistencia de la LMN con la regulación urbana y permisos de edificación, la Contraloría General de la República había sostenido -hasta ahora- una línea bastante uniforme. Al menos desde 2008, la jurisprudencia de dicho órgano era que el decreto que declara monumento nacional un inmueble “impone a su propietario cargas y obligaciones, entre ellas la prohibición de destruirlo, transformarlo o repararlo o hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido autorización previa. Si este decreto es posterior al permiso de edificación, impone al propietario limitaciones y prohibiciones que afectan los derechos que este autoriza a ejercer en forma pura y simple, lo que se traduce en dejar sin efecto un acto administrativo anterior en una forma no prevista en la ley”, por lo que debe dejarse sin efecto el decreto que declara monumento nacional el inmueble, rigiendo el permiso de edificación, que no puede ser alterado retroactivamente por un acto administrativo posterior. (Dictamen N°49.531 de 22-10-2008)

De esta manera, la Contraloría armonizaba el texto de la LMN con la Ley N°19.880 (en cuanto a invalidación, revocación e irretroactividad) y al Artículo 5° de la Ley N°18.575, criterio reafirmado en el año 2011 en Dictamen 77.490. Más aún, en enero de 2017 el propio Consejo de Monumentos Nacionales solicitó precisión respecto de este Dictamen al órgano contralor, y fue dicho organismo el que ratificó su vigencia al manifestar que “el criterio debe aplicarse en el caso planteado, atendida la obligatoriedad de dichos pro-

nunciamentos para la Administración de Estado”.

Sin embargo, algunos meses después, es la misma Contraloría la que toma razón de un Decreto que declara monumento nacional a un bien que ya contaba con permiso de edificación, lo cual vuelve a poner en entredicho la constitucionalidad de las normas de la LMN y su compatibilidad con el estatuto constitucional de la propiedad, las cargas públicas y la intensidad de la regulación.

Conclusiones

Desde el punto de vista jurídico, la regulación expropiatoria constituye un avance jurisprudencial, en cuanto permite sortear diversos obstáculos que la antigua doctrina de la responsabilidad extracontractual del Estado por sus actos regulatorios no permitía; en especial porque no tiene sentido acá la distinción entre los denominados “actos lícitos o ilícitos”. La razón por la cual se debe indemnizar es porque

se han afectado los atributos o facultades del dominio (en el caso de una regulación, será comúnmente el uso o el goce); que dicha regulación haya afectado la esencia de ese derecho, facultad o atributo (magnitud de la regulación); y finalmente que la regulación haya afectado la igualdad que deben soportar los individuos frente a una carga pública.

La Ley de Monumentos Nacionales, y sus recientes interpretaciones administrativas, hacen difícilmente conciliable sus disposiciones con el ordenamiento jurídico vigente, en especial respecto de los derechos amparados constitucionalmente. Será nuevamente trabajo de nuestros tribunales, si no de toda la comunidad jurídica, hacer valer la coherencia de las normas y principios que están en juego, ya que en un Estado de Derecho el disfrute de bienes públicos no puede ser a costa del sacrificio especial de un individuo en particular. 🙏

(Ver fallo en página 76)

The Chartered Insurance Institute, London

- ✓ ¿Deseas obtener una certificación reconocida a nivel mundial por los aseguradores y reaseguradores más importantes de la industria y ser parte del grupo de diplomados que forman los líderes mundiales de los mercados de seguros y reaseguros? ¿Y además obtener la acreditación del instituto más prestigioso del mundo en el rubro?
- ✓ Londres es el líder de la industria de los seguros y **Chartered Insurance Institute (CII)**, ubicado en esa ciudad, es una institución con más de 100 años de experiencia en capacitación y certificación de excelencia. Su reconocimiento a nivel mundial está avalado por altísimos estándares y certificación y estrictos criterios de calificación.
- ✓ Los profesionales en derecho en Chile que obtienen un diploma de **Chartered Insurance Institute** no solo reciben el reconocimiento internacional del mercado (Re) Asegurador, sino también tienen la posibilidad de expandir y potenciar sus oportunidades de negocio.
- ✓ **Indemnity Consulting** es una entidad que prepara a los profesionales que desean crecer en este amplio pero exigente mundo de los negocios, y ahora está en Chile y ya ha certificado con éxito a varios profesionales en el primer paso de calificación con el CII.
- ✓ **Indemnity Consulting** contempla cursos completos, hechos a medida, impartidos íntegramente en inglés, orientados a aprobar las exigentes evaluaciones de distintos niveles del CII. Indemnity también gestiona la documentación necesaria para la rendición del examen en Santiago y todos los textos de estudios.

Requisitos: Inglés avanzado (comprensión).

Los cursos son dirigidos por Mr. Michael Brien, quien cuenta con más de 30 años de experiencia en seguros y reaseguros en Londres, Chile y América Latina.

- Chartered Insurance Institute, Londres
- Institute of Chartered Secretaries and Administrators, Londres



Michael.brien@indemnity.cl
+ (56) 9 8404 9183
www.indemnity.cl





OLGA FELIÚ DE ORTÚZAR

El valor de hacer las cosas bien

Falleció el pasado 25 de julio, a los 84 años, dejando el recuerdo de una destacada trayectoria en el derecho, el mundo público y la actividad gremial.

En los tiempos de hoy le asignamos un alto valor al conocimiento que tienen las personas sobre distintas materias. Incluso podemos medir este conocimiento con instrumentos objetivos. Sin embargo, no hemos dimensionado la importancia que tiene el conocimiento en cuanto a cómo hemos sido formados; sobre todo en la transmisión de valores y principios que nos preparan como personas y profesionales. A quien cumple un rol de formador que trasciende en la vida de otro se le denomina “maestro”, y a quien tiene la fortuna de contar con él, “discípulo”.

Soy una de esos afortunados. Inspira estas líneas mi maestra, doña Olga Feliú de Ortúzar (20 de agosto de 1932 - 25 de junio de 2017), como le gustaba a ella firmar. Gran mujer, se destacó en el ámbito jurídico siendo una alta funcionaria de la Contraloría, exsenadora de la República, expresidenta del Colegio de Abogados y expresidenta del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM). Conocedora de todos los números de las leyes, decretos y reglamentos, se manejaba como una artista a la hora de buscar el origen de una norma, sus modificaciones y el fundamento -cuando existía- de los cambios de la misma. Estudiaba a fondo los temas que no conocía antes de emitir una opinión. Nos fomentaba ser proactivos en el rol de ciudadano y no permanecer



en silencio o pasivos ante políticas públicas que se fomentaran o propusieran y estuvieran al margen de la legalidad o competencia de algún organismo público. Eterna lectora de todos los periódicos, recortaba las noticias que pudieran sernos útiles y las dejaba arriba del escritorio para que las leyéramos.

Respetuosa de creencias, pensamientos políticos y sobre todo de la persona humana y su libertad, de personalidad

fuerte y decidida, no temió decir lo que pensaba, pero sin descalificar nunca a su contraparte. Por el contrario, su recomendación fue siempre comenzar una reunión donde existían discrepancias con el otro señalando “usted tiene la razón, pero qué le parece si en este punto vemos la posibilidad de...”.

Enamorada eterna de la Contraloría y del servicio público, trabajó sin detenerse y exigió siempre hacer las cosas bien, o más bien exigió hacerlas al límite de la perfección. Revisar historias de ley donde ella participó en el Senado refleja una época donde la discusión legislativa era formativa para quien la leía. Hay que destacar cómo sus pares en la Cámara Alta muchas veces solicitaban su opinión.

Cada viernes preparaba una maleta en su oficina -no precisamente para un viaje- que llenaba con papeles que leería el fin de semana. Y como era de esperar en ella, efectivamente llegaban todos leídos.

La señora Olga le asignó una gran importancia a los grupos intermedios reconocidos en la Constitución y la misión de ellos para promover el bien común y ser una voz válida de las inquietudes de los



particulares frente al Estado, el que creía que sin duda debía estar al servicio de la persona.

Cada día, por más de 20 años mi teléfono fue testigo silencioso de las conversaciones que tuvimos. Hoy lo miro arriba de mi escritorio y cuesta resignarse a que no volverá a sonar mostrando su nombre en la pantalla.

La ausencia de una maestra como la que a mí me tocó deja más de un vacío. Por una parte, contar con su aprobación, que me resultaba tan cómoda frente a la duda sobre cómo actuar, hablar o hasta opinar en algunas ocasiones. Por otra parte, extraño su protección, al borde de la figura maternal, ante problemas de la vida cotidiana, donde la experiencia de una mujer que ha recorrido la vida con tanto éxito, pero que también ha superado problemas al ser mamá, esposa, hermana, y profesional, siempre me dejaba una sensación esperanzadora en los minutos difíciles. Y porqué no admitir

que incluso me hace falta esa discusión, presente en toda relación humana verdadera entre dos personas. No estar de acuerdo con tu mentor acarrea un conflicto interior muy grande, que te obliga a darte cuenta que has crecido con las herramientas necesarias para disentir de su opinión.

Finalmente, los sentimientos que se despiertan ante una pérdida como esta comienzan por una infinita gratitud, pasando luego por el cariño y la admiración profunda, llegando a la incertidumbre de seguir recorriendo la vida sin ese llamado telefónico donde encontraba su respuesta llena de sabiduría.

La trascendencia de una persona pasa por muchas formas. Una de ellas es ser considerado fundamental en la vida de otros y permanecer para siempre vivo en ellos: un maestro obliga, y mi maestra Olga Feliú de Ortúzar dejó una lista de obligaciones. La primera, un merecido homenaje a ella. 🙏



Beneficios de afiliarse al Colegio de Abogados

Inauguramos un canal de participación y diálogo entre el Colegio y los abogados jóvenes. En las próximas publicaciones de esta revista se destinará un espacio para que escriban profesionales de hasta 36 años sobre tópicos que serán previamente comunicados por esta vía y por el sitio web del Colegio.

El Colegio de Abogados (el “Colegio”) cumple un rol fundamental en el desarrollo de la abogacía en el país. Pese a ello, las inscripciones no se concentran en las generaciones más jóvenes, sin perjuicio de que somos nosotros quienes más podemos beneficiarnos y contribuir a su desarrollo.

Esto se debe, en gran parte, al desconocimiento del aporte y beneficios asociados a la colegiatura. Algunas de las principales razones que nos parecen importantes de destacar al momento de considerar colegiarse son:

1. El Colegio permite unirse a un grupo de personas con intereses similares, que promueven los más altos estándares éticos y eso, por sí solo, marca una diferencia.

En una sociedad en que la profesión legal se considera -muchas veces- desprestigiada, colegiarse es respetar y promover actuaciones apegadas al Código de Ética del Colegio, garantizando un estándar profesional mínimo.

El abogado colegiado se autoimpone un cumplir normas éticas, comprometiéndose a ejercer la profesión con lealtad, honor, dignidad y honradez.

2. El Colegio permite crear redes profesionales.

Por medio del Colegio es posible interactuar con profesionales y académicos que enriquecen y potencian nuestro ejercicio profesional. La creación de redes es, en sí misma, de inapreciable valor para nuestra generación.

3. El Colegio es un apoyo a nuestro desarrollo y perfeccionamiento profesional.

El Colegio permanentemente organiza charlas de capacitación enfocadas a temas específicos de la práctica legal que permiten ponerse al día en materias relevantes; otorga acceso a importantes descuentos en programas de post grado que facilitan la continuación de la educación legal; y también promueve la asistencia de los colegiados a seminarios internacionales, lo cual incentiva el desarrollo profesional en un mundo altamente globalizado (por ejemplo, IBA Annual Conference, Washington 2016).

4. Participar en el Colegio involucra ser parte del cambio que esperamos en la sociedad.

Atendido su carácter de principal asociación gremial de abogados en Chile,

constantemente el Colegio es consultado respecto de reformas legales en estudio, redacción o implementación a nivel país, para lo cual abre periódicamente comisiones en las que participan sus miembros activos. Como jóvenes, somos llamados a participar promoviendo al Colegio como un referente de opinión.

5. El Colegio es un espacio que las mujeres están llamadas a ocupar.

El Colegio constituye un espacio para que las mujeres puedan plantear desde allí la necesidad de acortar brechas discriminatorias presentes en el ejercicio de la profesión. En este sentido, el llamado es a las abogadas jóvenes a hacer uso de esta instancia para fomentar políticas que promuevan que las mujeres logren un desarrollo profesional pleno.

En definitiva, en un mundo cada vez más competitivo, participar en el Colegio de Abogados y ser miembros activos de este, nos permitirá continuar perfeccionándonos profesionalmente con un respeto irrestricto a los estándares éticos aplicables a la profesión legal.

Comisión de Abogados Jóvenes

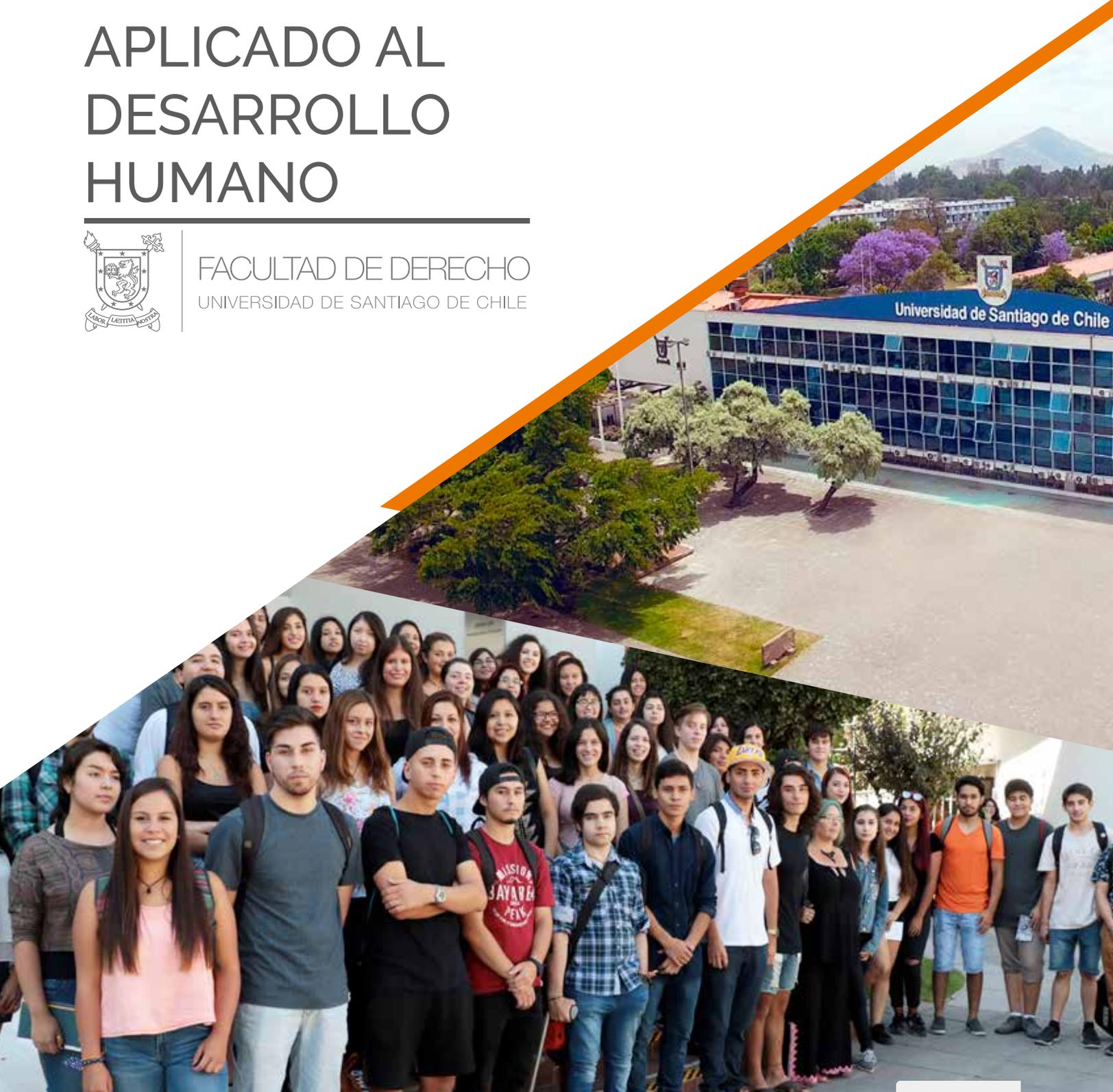
Los invitamos a enviar sus publicaciones para el próximo artículo de esta sección, que tratará sobre: “La era digital y sus impactos (actuales y venideros) en el ejercicio profesional. ¡Manténgase al tanto!”. (Escribir a secretaria@colegiodeabogados.cl, máximo de 3000 caracteres).

DERECHO

APLICADO AL DESARROLLO HUMANO



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE CHILE



Facultad de Derecho Universidad de Santiago / Las Sophoras 175, Estación Central, Santiago, Chile.

Teléfono: 227183802 / email: info.derecho@usach.cl

www.derecho.usach.cl

6 universidad
acreditada
años



Área de Gestión Institucional
Área de Gestión de Programas
Área de Investigación
Área de Gestión de Postgrado
Área de Vinculación con el Medio
hasta octubre de 2020



Litigios de Chile con Bolivia ante la CIJ **Razonables motivos para el optimismo**

Es difícil que un tribunal pueda acoger la petición del demandante para que un Estado sea obligado a negociar parte de su territorio a fin de que otro Estado pueda acceder soberanamente al mar. Y en lo que se refiere al Silala, antecedentes científicos e históricos prueban que es un río internacional, sobre el que Chile tiene determinados derechos.



En la actualidad, Chile tiene dos casos pendientes de resolución ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), ambos con Bolivia: uno en calidad de demandado y otro como demandante.

La CIJ es el principal órgano judicial de Naciones Unidas. Los Estados pueden conferirle competencia a través de distintos mecanismos jurídicos, siendo el más importante de ellos un tratado internacional. En los casos aludidos tanto Bolivia como Chile confirieron competencia a la Corte mediante el Tratado Americano de Solución de Controversias, conocido como el Pacto de Bogotá de 1948, que contempla la jurisdicción obligatoria de la CIJ.

Chile demandado: La obligación de negociar una salida al Océano Pacífico

Para nuestro país, la aspiración marítima boliviana no es algo nuevo. Diversos gobiernos bolivianos intentaron en el pasado, ya sea por negociaciones directas con Chile o recurriendo a organizaciones internacionales, lograr de Chile un acceso soberano al Océano Pacífico.

Al no obtener un resultado favorable, el Presidente Morales decidió judicializar las aspiraciones marítimas bolivianas y se apresuró a ratificar el Pacto de Bogotá de 1948, formulando al propio tiempo una reserva a su artículo VI. Este excluye de los procedimientos de arreglo de las controversias establecidos en el mencionado pacto -dentro de los cuales está el recurso a la CIJ- a aquellos asuntos ya resueltos por arreglo de las partes y que se encuentran vigentes a la fecha de la celebración de este tratado, lo que obviamente indicaba que la intención de Morales era pedir la nulidad o la terminación del tratado firmado con Chile en 1904. Nuestro país oportunamente objetó esa reserva, lo cual significaba, de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que Bolivia pudiese ser considerada respecto de Chile Estado parte del Pacto de Bogotá.

Para poder demandarnos, Bolivia tuvo que retirar su reserva y fue así como el 24 de abril de 2013 interpuso ante la Corte una solicitud para iniciar un juicio en contra de Chile, en el que pretende que nuestro país tiene la obligación de negociar de buena fe en su favor

una salida soberana al Océano Pacífico.

Ante la demanda boliviana, Chile interpuso una excepción preliminar, donde sobre la base del artículo VI ya mencionado adujo que se trataba de un asunto zanjado por las partes, por lo que la CIJ carecería de competencia. Si bien esta excepción no fue acogida por la Corte, señalando que el punto en discusión no es el tratado de 1904, sino una posible obligación posterior que tendría Chile de negociar una salida al mar con Bolivia, la CIJ aclaró en esta resolución que no le corresponde juzgar si Bolivia tiene derecho o no a una salida al mar, sino más bien señalar solo si es que Chile está obligado a negociar de buena fe un acceso soberano de Bolivia al Océano Pacífico. Y de existir esta obligación, si Chile la ha incumplido.

Ya habiéndose presentado la memoria, contramemoria y réplica en este juicio, solo resta a Chile presentar en septiembre la réplica, para finalizar la fase escrita de este litigio, con lo que se dará paso a los alegatos orales que seguramente serán fijados para comienzos de 2018.

La base de la argumentación boliviana es que Chile estaría obligado a negociar una salida al mar, por supuestos actos unilaterales o acuerdos bilaterales suscritos por autoridades competentes. Pero aunque han habido conversaciones entre ambos Estados, ninguna de ellas ha concluido en un instrumento vinculante en el que se recoja la obligatoriedad de emprender este tipo de negociaciones, por lo que puede aducirse que Chile no tiene la obligación que Bolivia pretende imputarle.

Chile demandante: Estatus y uso de las aguas del río Silala

El Silala es un curso de agua sucesivo que nace en Bolivia y que fluye hacia Chile en la región de Antofagasta.

El escurrimiento natural del río se mueve por efecto de la inclinación del terreno desde Bolivia hacia Chile, donde va sumando aportes laterales de aguas sub-

La base de la argumentación boliviana es que Chile estaría obligado a negociar una salida al mar, por supuestos actos unilaterales o acuerdos bilaterales suscritos por autoridades competentes.



El lenguaje empleado por el Presidente Morales, de “robo” por el uso de Chile de las aguas del Silala, hacía imposible solucionar este asunto a través de una negociación.

terráneas que conforman como un todo al río Silala. No existen en el terreno obras artificiales que hayan alterado la topografía del lugar, de tal manera que la pendiente del terreno es una condición natural.

A partir de 1999, Bolivia ha negado la calidad de río internacional del Silala, alegando que se trata de un manantial que ha sido desviado artificialmente por Chile. Durante los 100 años anteriores, la propia cartografía boliviana reconoció al cauce del Silala como un río. Este no ha sido desviado artificialmente, las aguas fluyen naturalmente hacia Chile. En un sector existe una

canalización rudimentaria, cuyo objeto fue evitar la contaminación del agua con la vegetación circundante y es, en todo caso, muy posterior a la utilización del agua del Silala que comienza con la concesión otorgada en 1906 por Chile a la empresa del Ferrocarril de Antofagasta a Bolivia.

Siendo un recurso compartido, los países ribereños tienen derecho a utilizar esas aguas conforme al principio del uso razonable y equitativo. Se trata de un principio bien asentado del derecho internacional consuetudinario aplicable a los cursos de agua internacionales, que ha sido incorporado en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho de Usos de los Cursos de Aguas Internacionales para Fines Distintos de la Navegación de 1997. El criterio más importante para determinar la división de volúmenes de agua es el uso actual de ella por parte de los ribereños; en este caso, Chile aprovecha las aguas del Silala. En Bolivia no existen usos domésticos, agrícolas ni industriales conocidos, lo cual no quiere decir que Bolivia no pueda hacer uso del agua del Silala.

Cuando surgió esta contienda, Chile no se negó a buscar una solución negociada con Bolivia. En el marco de la agenda de los 13 puntos desarrollada en la primera administración Bachelet, ambos Estados discutieron el caso del río Silala y llegaron en 2009 a un principio de acuerdo que establecía el derecho a Bolivia a vender en Chile una parte de las aguas del río Silala, con lo que se pretendía resolver, así, parte de

la controversia. El Presidente Morales, sin embargo, decidió someter ese pre-acuerdo a un referéndum en el Departamento de Potosí, cuyo resultado fue establecer un cuantioso pago por Chile de una supuesta deuda histórica por el uso de las aguas, lo cual no fue aceptado por nuestro país.

Es conocido lo que sucedió después. El lenguaje empleado por el Presidente Morales de “robo” por el uso de Chile de las aguas del Silala, hacía imposible solucionar este asunto a través de una negociación.

En tales circunstancias, conociendo la declarada intención de Bolivia de presentar otra demanda en contra de Chile por este asunto, nuestro gobierno optó por ser él quien presentara una solicitud de demanda ante la CIJ el 6 de junio de 2016, con el fin de que este tribunal internacional determine que el Silala es un río internacional y por lo tanto Chile tiene derechos sobre ese recurso hídrico transfronterizo.

Chile ya presentó su memoria el pasado 3 de julio. Bolivia dispone de un plazo de un año a contar de esa fecha para presentar su contramemoria, lo cual hace presumir que la sentencia en este litigio se pronunciará durante el año 2019.

Sólidos argumentos jurídicos

A la luz de los antecedentes expuestos creemos que la posición de Chile en ambos litigios se sustenta en sólidos argumentos jurídicos, los que a su vez se apoyan en la realidad histórica y, en el caso del río Silala, además en evidencia científica.

Existen, pues, razonables motivos para estar optimista. Respecto del primer asunto, creemos que es difícil que un tribunal de derecho pueda acoger la petición del demandante para que un Estado sea obligado a negociar parte de su territorio a fin de que otro Estado pueda acceder soberanamente al mar; y en lo que se refiere al Silala, existen abundantes antecedentes y consideraciones jurídicas, históricas y científicas para que la CIJ confirme que se trata de un río internacional y, por ende, que Chile tiene determinados derechos sobre ese recurso hídrico transfronterizo.

Resueltos estos dos asuntos por sentencias de la CIJ, de obligatorio cumplimiento, confiamos que ello pueda significar el reinicio de una nueva etapa en las relaciones chileno-bolivianas basadas en una mayor amistad y colaboración, que permita así aunar nuestros esfuerzos para promover intereses comunes. 



Protección de datos personales

Una regulación que devuelva a las personas el control



La legislación chilena en esta materia es insuficiente e inadecuada. Pero hasta ahora ha fallado el impulso político, en todos los gobiernos, para avanzar en dotar al país y sus habitantes de un marco adecuado a los desafíos planteados por esta industria de procesamiento de información que mueve millones.

Hoy compartimos mucha información personal con cada entidad con la que interactuamos. No nos sorprende cuando en la compra de supermercado o tienda de retail se nos pide nuestro Rut. Nos parece razonable que aplicaciones de internet nos soliciten autorizar la recolección permanente de información de geolocalización, aun cuando no estemos usando los servicios. No nos alarma que se exija nuestra huella digital para acceder a los servicios del Estado.

Se ha vuelto parte de la expectativa de los usuarios ingresar a servicios de redes sociales o cuentas de correos ofrecidos en forma gratuita, pero no nos preguntamos de qué forma se financian tales servicios. Como un participante de la industria señaló alguna vez: cada vez que un producto

es ofrecido libre de pago, existe una gran probabilidad de que el usuario sea el producto y no el cliente. O dicho de otra forma: tales servicios distan de ser gratuitos, son los datos personales del usuario su moneda de pago.

Los datos personales son, cada vez más, el activo central para las operaciones de negocios y para una administración de gobierno efectiva. Dispositivos poderosos y portátiles, como los smartphones o tablets, combinan datos de geolocalización y conexión a internet, lo que permite el desarrollo de un



Cada vez que un producto es ofrecido libre de pago, existe una gran probabilidad de que el usuario sea el producto y no el cliente. O dicho de otra forma: tales servicios distan de ser gratuitos, son los datos personales del usuario su moneda de pago.

amplio campo de nuevos servicios y aplicaciones, muchos de los cuales dependen de la recolección y uso de la información personal para generar ganancias a través de la venta de publicidad o su facilitación a terceros para la optimización de acciones de marketing dirigido.

Los costos de almacenamiento de información digitalizada han bajado significativamente, por lo que las empresas y entidades públicas pueden retenerla por largos periodos o indefinidamente. El almacenamiento se ha transformado en sí mismo en un negocio, ya que se contratan servicios provistos por terceros, localizados dentro o fuera del país.

Las herramientas para el procesamiento de datos son cada vez más poderosas, sofisticadas y baratas, lo que permite que la información sea fácil de buscar y de vincular para actores públicos o privados. Lo anterior es facilitado por el uso de algoritmos y herramientas analíticas (minería de datos) que avanzan en la toma de decisiones automatizadas. Estas herramientas han pasado a formar parte de un nuevo segmento de negocios desarrollado internamente por empresas u organismos públicos o externalizados.

También es notorio el desarrollo tecnológico que

permite tomar al cuerpo humano como fuente de información (datos de salud y datos biométricos) que pueden ser explotados por organismos públicos y privados.

Chile está inserto en esta realidad, por lo cual tanto desde la perspectiva de desarrollo económico sostenible, como desde una perspectiva de derechos fundamentales -que incluyen el derecho a la vida privada, pero también el derecho a no ser discriminado, la libertad de expresión, y el acceso a derechos económicos y sociales-, requiere una urgente actualización de su normativa de protección de datos personales.

La legislación nacional vigente en esta materia es insuficiente e inadecuada para enfrentar los desafíos de hoy. Sin embargo, hasta ahora ha fallado el impulso político -de todos los gobiernos, de todas las tendencias- para avanzar en dotar a Chile y sus habitantes de un marco adecuado a los desafíos del presente y el futuro.

El último intento se encuentra plasmado en el proyecto de ley ingresado al Congreso el 13 de marzo de este año a través del Boletín N°11.144-07 (en adelante, el "Proyecto"). Desde el mundo académico y la sociedad civil, el Proyecto -pese a sus defectos, que se expondrán luego- fue celebrado como la iniciativa hasta ahora más completa de actualización del estándar de protección de datos personales.

Aciertos y errores

Tres elementos del Proyecto resultan claves. Primero, la creación de la Agencia de Protección de Datos Personales, que dará efectividad a cualquier estándar sustantivo que se adopte. Esto representa un indudable avance respecto de la nula exigibilidad práctica que hoy afecta a esta normativa, ya que en la actualidad solo contempla un procedimiento en tribunales civiles -engorroso, costoso y raramente utilizado-. Esta agencia requerirá independencia suficiente del poder político a fin de reforzar su carácter técnico. Segundo, la introducción de un procedimiento administrativo sancionatorio para accionar en contra de las infracciones. Tercero, el establecimiento de multas ajustadas a la gama de infracciones posibles, que envía un mensaje disuasorio claro al asignar de antemano un valor a las contravenciones.

El gran ausente sigue siendo el registro de bases de datos personales privadas. El Proyecto yerra el camino con la eliminación del registro de bases de datos de organismos públicos, y al abstenerse de crear una herramienta que pondría en manos de las empresas la carga de sincerar el uso de bases de datos personales. Así se facilitarían la labor de fiscalización de la agencia que se crea, y en definitiva se brindaría certeza jurídica a los titulares de datos personales para hacer exigibles sus derechos y las obligaciones legales de los procesadores.

La definición de fuente accesible al público -categoría que permite el uso de los datos personales sin necesidad de recabar el consentimiento del titular- también precisa perfeccionamiento. Por ejemplo, con la normativa propuesta no se subsanaría la problemática actual, que permite a través de los denominados “rutificadores” o “páginas blancas” en internet obtener información completa de identificación y domicilio de los sujetos que han entregado tal información a organismos públicos y privados, los que en ocasiones han sido negligentes al compartirlas con terceros, quienes luego las hacen accesibles al público a través de internet -como ha sucedido con la base de datos del Servel-.

Una modernización que destaca del Proyecto es la incorporación del consentimiento inequívoco en sustitución del consentimiento expreso, abriendo paso al consentimiento tácito expresado a través de medios tecnológicos. Sin embargo, para que esta evolución sea un beneficio efectivo en el tráfico jurídico moderno, deben garantizarse los resguardos técnicos para que el consentimiento no sea de papel. Por ejemplo, definiendo elementos como tamaño de letra mínimo, ubicación destacada de la autorización dentro de los términos de servicios en línea y prohibición de cajas pre-llenadas en autorizaciones electrónicas, entre otras.

Los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) debieran ser concedidos en forma equivalente para ser ejercidos ante organismos públicos y privados. Ello es aún más relevante hoy en vista de la preocupante tendencia de órganos locales, como algunas municipalidades, que han anunciado la creación bases de datos con imágenes de cámaras de vigilancia con reconocimiento facial (datos biométricos); o la anunciada licitación de la

JUNAEB requiriendo el enrolamiento biométrico de todos los niños beneficiarios de servicios de alimentación.

La regulación del perfilamiento de hábitos de consumo sufre un retroceso en el Proyecto, que elimina de la definición de dato sensible actual los hábitos personales. Con ello abre la puerta al perfilamiento indiscriminado sin base en el consentimiento, lo que no se subsana en la norma propuesta en el tratamiento de datos de gran volumen.

Desde la perspectiva procedimental, es importante que se asegure que la Agencia de Protección de Datos Personales goce del rol fiscalizador de entes privados y públicos, sobre todo teniendo en consideración experiencias pasadas en que órganos del Estado han fallado en su diligencia de resguardar datos personales tan sensibles como la información de pacientes infectados con Sida.

Por último, el Proyecto no hace mención a una serie de materias que deben ser incorporadas a la regulación para salvaguardar los derechos de las personas en el tráfico moderno, tales como la información recolectada por los navegadores de internet (browser tracking) y la retención de metadatos, que requiere de norma de rango legal al afectar garantías constitucionales -no reglamentarias, como ha pretendido el Ministerio del Interior en los últimos días-.

En suma, el uso de los datos personales ha creado una nueva industria de servicios que hoy mueve millones. Chile se encuentra inserto en la economía digital global y por ello debe ocuparse de contar con una normativa actualizada que -como ya se ha hecho en otros países- devuelva a las personas el control sobre su propia información, así como provea una más transparente y equitativa distribución del valor creado a través de la industria de procesamiento de datos personales. 🏠



Órganos del Estado han fallado en su diligencia de resguardar datos personales tan sensibles como la información de pacientes infectados con Sida.



Responsabilidad de las empresas eléctricas **Una mirada a los nuevos proyectos de ley**

Las nuevas regulaciones propuestas reflejan una atención especial a los usuarios al aumentar la responsabilidad de las empresas, asegurando la continuidad del servicio a todo evento, sin importar si estos pagan o están morosos. Pero se observa una omisión respecto a las medidas preventivas para evitar que los daños producidos por eventualidades vuelvan a ocurrir.

A propósito de los cortes o faltas de suministro eléctrico, cada día más frecuentes en el país, resulta interesante observar el estado de los proyectos de ley que regulan la responsabilidad de estas empresas.

En Chile el sistema eléctrico opera mediante etapas. Primero se encuentra la generación de energía (térmica, hidroeléctrica, solar, etc.), luego la transmisión y por último el suministro hacia los clientes. Cada una de estas etapas cuenta con una regulación especial.

Para el caso de la transmisión eléctrica, se ha dictado la “Ley Transmisión”, Ley N°20.936 de 2016, que contiene un sistema de “compensaciones” equivalentes a la energía no suministrada con un límite máximo de 15 veces el precio promedio. Dichas

compensaciones no pueden superar por evento el 5% de los ingresos anuales de la empresa que las paga.

Este dato genera interés, ya que las compensaciones que allí se regulan se miran como ejemplos por algunos abogados para incluirlas dentro de las directrices que se discuten en el anteproyecto de reforma de la ley general de servicios eléctricos.

Junto con ello, este sistema de “compensaciones” -nótese que es la misma expresión que usa el Sernac cuando llama a negociar o demanda a las empresas infractoras solicitando indemnizaciones para los consumidores- puede ser tomado en consideración por el Ejecutivo, quien se comprometió a enviar un proyecto de ley para aumentar las multas y reforzar las “compensaciones” que tendrían que pagar las compañías a los clientes, a propósito de las nevazones y los cortes de luz que sufrimos hace un mes aproximadamente, aunque aún no se conoce el texto del proyecto.

Respecto de la responsabilidad de las empresas eléctricas que prestan el suministro a los consumidores, existen una serie de proyectos de ley en tramitación que muestran la preocupación del legislador por la salud y seguridad de ciertos usuarios. En efecto, algunos proyectos se enfocan en el cuidado de la salud de los pacientes domiciliarios, electro dependientes o de aquellas personas que necesitan valerse de algún instrumental médico eléctrico de uso domiciliario; mientras otros se amparan en la seguridad por el tendido aéreo de cables en desuso o el empleo de ascensores.

Tan solo dos proyectos de ley se ocupan de aspectos que no están relacionados con las personas mismas, sino con sus bienes. Se trata del proyecto que pretende obligar el retiro y reposición del empalme y medidor en caso de inutilización de las instalaciones por fuerza mayor (Boletín N°10331-08, Segundo trámite Constitucional, fecha de ingreso 07 de octubre de 2015) y el proyecto que dispone una multa por la demora en la reposición del servicio (Boletín N° 8346-08, Primer trámite Constitucional, fecha de ingreso 04 de junio de 2009).



El Ejecutivo se comprometió a enviar un proyecto de ley para aumentar las multas y reforzar las “compensaciones” que tendrían que pagar las compañías a los clientes.

Propuestas legislativas: Integridad de los usuarios y continuidad del servicio eléctrico

En el caso de la salud de las personas, se ha querido amparar a los pacientes que permanecen en sus casas en vez de en hospitales, garantizándoles continuidad en el servicio aun cuando las cuentas se encuentren impagas. Este es el proyecto de ley presentado por la diputada Karla Rubilar (Boletín N°11272-11, Primer trámite Constitucional, fecha de ingreso 8 de junio de 2017). Días más tarde, la senadora Carolina Goic impulsó un proyecto de ley sobre suministro ininterrumpido de electricidad para personas electro dependientes (Boletín N°11.338-11, Primer trámite Constitucional, fecha de ingreso 26 de julio de 2017), cuyo objetivo fue proveer, sin costo, de un equipo autónomo de generación eléctrica que garantice la continuidad del servicio.

Este proyecto busca que las empresas dispongan de medidas alternativas, como la entrega de generadores, sin costo para los clientes. Un año antes, la diputada Maya Fernández (Boletín N°10618-03, Primer trámite Constitucional, fecha de ingreso 12 de



Se ha planteado obligar a las compañías eléctricas (y a otras) a retirar los cables aéreos que hubieran dejado de prestar utilidad, dentro de un plazo de seis meses, sancionando como grave dicho incumplimiento.

abril de 2016) se preocupó de las personas que, en general, requieren instrumental médico eléctrico de uso domiciliario, porque padecen alguna enfermedad que exige el uso del suministro de electricidad. En este caso, se promueve que los pacientes no paguen por el servicio, tomando en consideración todos los gastos médicos que tienen, pero especialmente su vida e integridad física y psíquica. Este proyecto de ley, además, da cuenta de una sentencia que ordena a una empresa dejar sin efecto el corte de suministro por morosidad en el pago.

En el mismo sentido, años atrás, los diputados Gonzalo Arenas, Romilio Gutiérrez, María José Hoffmann, José Antonio Kast, Celso Morales, Claudia Nogueira, Joel Rosales, Felipe Salaberry, Enrique Van Rysselberghe y Felipe Ward presentaron un proyecto de ley que modificaba la ley de ascensores, Ley N°20.296, para impedir el corte del suministro eléctrico de los edificios que tenían ascensores y otras instalaciones similares (Boletín N° 9070-14, Primer trámite Constitucional, fecha de ingreso 26 de agosto de 2013). Una de las motivaciones del proyecto de ley eran las "... especiales connotaciones cuando

nos encontramos dentro de sus usuarios a personas adultas mayores, o con alguna discapacidad física". A efectos de asegurar un equilibrio por el no pago de los servicios, se entregaba una preferencia para el pago de lo adeudado sobre los gastos comunes de los copropietarios del edificio.

Desde el punto de vista de la seguridad para las personas e incluso de la garantía constitucional a vivir en un medio libre de contaminación, se ha planteado obligar a las compañías eléctricas (y a otras) a retirar los cables aéreos que hubieran dejado de prestar utilidad, dentro de un plazo de seis meses, sancionando como grave dicho incumplimiento al punto de dejar sin efecto la concesión. Este es el tenor del proyecto de ley iniciado por los senadores Larraín, Von Baer, Moreira y Pérez Varela (Boletín N°11.222-08, Primer trámite Constitucional, fecha de ingreso 9 de mayo de 2017).

Estos proyectos de ley permiten reflexionar sobre el estándar de seguridad que propone el legislador en materia eléctrica. Nos parece que ellos reflejan una atención especial a los usuarios, mediante el aumento de la responsabilidad de las empresas, al asegurar la continuidad del servicio a todo evento, sin importar si estos pagan o están morosos, por razones que exceden el mero consumo de dichos servicios.

Dicho de otra forma, el legislador estaría pensando en la protección de los clientes en su integridad, como una persona y no solo en el resguardo de su patrimonio (v. gr. Corte, reposición por el servicio, compensaciones por falta de servicios). Así se justificaría la regulación de los proyectos de ley que atienden a los daños corporales de los clientes o en el extremo de muerte.

Esta es la visión propia de las leyes de consumo: ellas atienden a las personas y no solo al consumo que ellas realizan. Así se ampara la seguridad de dichos sujetos y la calidad del servicio.

No obstante lo anterior, y a título de reflexión, hay que considerar que las medidas propuestas, que tienden a elevar la responsabilidad de las empresas eléctricas al garantizar la continuidad del servicio, se presentan por situaciones contingentes o mediáticas, que es necesario atender. Pero también se espera que los legisladores disciplinen medidas preventivas para evitar que algunos de estos daños vuelvan a ocurrir. Y respecto de ellas se observa una omisión en los proyectos de ley. ☹️



Ley Emilia

Análisis del Fallo del Tribunal Constitucional



Una mirada desde los principios de proporcionalidad penal y de no regresividad, teniendo en cuenta qué son y cuál es la finalidad de las sanciones.

Quisiera acercarme al fallo del Tribunal Constitucional (TC) relativo a la Ley N°20.770, denominada “Ley Emilia”, desde una doble perspectiva. En primer lugar, abordando lo que estimo el centro del fallo, el principio de la proporcionalidad penal, y enseguida realizando una sintética reflexión en torno al principio de no regresividad aplicado a la materia penal que entendemos el TC sostiene tangencialmente.

Principio de proporcionalidad

El Tribunal acoge el recurso de inaplicabilidad porque estima, en el considerando 26, que “la disposición que suspende la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad por un año resulta desproporcionada e inequitativa respecto a personas condenadas incluso por delitos de mayor gravedad”. Sin perjuicio de ello, en el segundo párrafo del considerando mencionado, se incorpora otro argumento: “También es contraria al principio de proporcionalidad la suspensión de la aplicación de penas sustitutivas de penas privativas de libertad, pues es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y de protección de la víctima que tiene la pena”.

Como se recordará, una de las normas recurridas de la Ley N°20.770 era el artículo 196 ter que se incorporó en la Ley de Tránsito. Este señala que, respecto del delito previsto en el inciso 3° del artículo 196 de



Foto Presidencia.

Es el principio del fin de la extrema deferencia del TC hacia el legislador penal, donde este no debe esperar, cuando impone penas, que puede hacerlo a destajo o tratando de interpretar las ansias populares de castigo.

esta Ley, la ejecución de penas sustitutivas de la Ley N°18.216 quedaría en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado debía cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado.

Este es el caso, precisamente, del delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas causando como resultado alguna de las lesiones indicadas en el número 1° del artículo 397 del Código Penal o la muerte de alguna persona. O sea, la conducción de vehículo en estado de ebriedad causando lesiones graves gravísimas o muerte no puede acceder a las penas de la Ley N°18.216 que pudieren aplicarse sin que haya transcurrido un año. Dicho en otras palabras, al menos un año de la pena impuesta de privación de libertad, deberá cumplirse efectivamente.

Como señala Quintero Olivares (citado por Fuentes Cubillos), “en general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial

(proporcionalidad concreta)”. Vale decir, sucintamente, este principio se erige como un mandato de eficiencia en la política criminal y se propone como elemento iluminador de la actividad tanto del legislador como del juez, para que no se aplique una pena cuando no deba aplicarse ninguna o superior (“desproporcionada”) cuando el injusto cometido no lo amerita. Como afirma el propio fallo del TC, el juicio de proporcionalidad implica una ponderación entre la injerencia penal a través de la pena y los “males” causados por el delito, impidiendo un “exceso” de lo primero, justificado erróneamente por lo segundo.

El TC ha señalado en su voto de mayoría que se viola este principio cuando se impide el acceso a las penas sustitutivas para el delito mencionado, las que sí se entregarían a quienes hubieren cometido delitos más gravosos (de hecho, el delito del inciso 4° del artículo 196, que es un caso de superagravación del manejo en estado de ebriedad, no está sometido a la limitación).

A juicio del suscrito, el TC ha efectuado una aplicación que podríamos denominar “integral” e “integrativa” de este principio. “Integral”, porque como bien señalan el fallo (considerando 12°) y la doctrina, la inconstitucionalidad se predica no por la contradicción de la ley con texto expreso de la Carta Fundamental, porque no hay norma alguna que recoja expresa ni explícitamente el principio de proporcionalidad, sino que su existencia deriva de la integralidad de la Constitución.

Esto, sin duda, representa una mirada diferente de la constitucionalidad para normas penales, desde el análisis de la mera contradicción formal en el fallo de 2008 sobre la constitucionalidad del artículo 450 inciso 1° del Código Penal, hasta la visión actual donde se sostiene que el legislador penal no debe buscar contradicciones formales de texto entre ley penal y Constitución, sino diferencias en sede de valores, fines y principios constitucionales, aun subyacentes e implícitos. Es decir, es el principio del fin de la extrema deferencia del TC hacia el legislador penal, donde este no debe esperar, cuando impone penas, que puede hacerlo a destajo o tratando de interpretar las ansias populares de castigo (que no por

ser populares son verdades), sino que debe hacerlo cuando exista un “fundamento fuerte y verosímil”, guardando estrictamente obediencia a las bases de un derecho penal democrático, que son también las bases de la Constitución.

Pero también es una aplicación que hemos llamado “integrativa”, porque la visión que existe en el TC y en la doctrina del principio de proporcionalidad, no es solo de un concepto estanco y relativamente preciso de ella, sino desde la óptima de considerar a la proporcionalidad como una superestructura jurídica dotada de vínculos con la culpabilidad, la idoneidad y necesidad de la pena, y no solo como el correlato aritmético del mal cometido. Lo proporcional, desde este punto de vista, en materia de establecimiento, determinación y aplicación penal debe tomar en cuenta lo idóneo, necesario y estrictamente proporcional que sea una sanción penal.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad es inescindible de las finalidades de la pena: las penas, ciertamente son “algo”, contraprestación del ilícito cometido (argumento este de la retribución que parece simplista y un poco automático para una pretensión dogmática de mayor vuelo o vértigo retórico, pero que es básica y fundamental). Sin embargo, también son “para algo” y ese “algo”, no es la mera intimidación.

Desde esta perspectiva, resulta capital la forma en que el TC entierra la pretensión de interpretar la finalidad de la pena desde el objetivo único de la intimidación (“prevención general negativa”): “al determinar el campo de aplicación de las penas cabe considerar que una política penal basada en sus efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con valores básicos de un Estado de Derecho” (considerandos 16° y 28° con la alusión a la “naturaleza retributiva de la pena”).

Por esto, parece clarificadora la forma en que el TC ha visualizado didácticamente las penas sustitutivas de la Ley N°18.216, después de la reforma de la Ley N°20.603. Efectivamente son lo que son: “penas” con todas sus letras y no “beneficios” o “alternativas” (considerandos 23° y 24°), pero ello no

agota su virtualidad, porque deben cumplir con finalidades de reinserción y de protección a la víctima, que son los propósitos de la pena a las cuales el ordenamiento chileno claramente ha preferido. Esto no es en modo alguno un error dogmático o filosófico, sino una adecuada distinción entre aquello que las penas son (y ello no es soslayable), con aquellas finalidades que las penas cumplen, especialmente en el contexto de un Estado democrático.

Principio de no regresividad

A juicio del suscrito, el voto mayoritario del fallo del TC, cuando elucubra en torno a la necesidad de aplicación de las penas “sustitutivas” sienta las bases de una nueva premisa: el establecimiento de penas sustitutivas representa un cimientamiento del sistema garantista en que, desde hace algunos años, nos encontramos. De esta manera, la restricción o impedimento que plantea el artículo 196 ter, aunque sea para un determinado delito, conduce a una regresión inaceptable en el ámbito de los derechos humanos.

Frente a ello, debemos expresar que el principio de no regresividad significa que los Estados democráticos de Derecho han adquirido, doctrinal e internacionalmente, la obligación de lograr una progresiva efectividad de los derechos, y ello implica no retroceder a posiciones menos avanzadas en tal aspiración.

Creemos que, al menos implícitamente, y en ello concordamos, el TC ha constatado el peligro de lo que en doctrina se conoce como “regresividad normativa” en la anotada restricción, entendiendo por tal la evaluación en torno a que si nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico ante una misma situación de hecho ha empeorado. 🚫

(Ver fallo en página 76)



Los Estados democráticos de Derecho han adquirido, doctrinal e internacionalmente, la obligación de lograr una progresiva efectividad de los derechos, y ello implica no retroceder a posiciones menos avanzadas.



Función, espíritu y tradición del Colegio de Abogados

Cómo atraer a las nuevas generaciones

En este artículo presentamos una profunda reflexión sobre el Colegio y el proceso que debe realizar para aumentar la afiliación de jóvenes profesionales. Para ello, es imprescindible que desarrolle un relato coherente y actualizado sobre el contenido de su propia cultura profesional, su valor y cómo compartirla. Así podrá convencer a una nueva generación de abogados que formar parte de él vale la pena.

Desde que las reformas de principios de los años ochenta pusieran fin a la afiliación obligatoria a los colegios profesionales, el Colegio de Abogados se ha visto forzado a proporcionar una razón para colegiarse. La justificación que actualmente provee el Colegio es, ante todo, que la pertenencia al mismo constituiría una garantía de rectitud y calidad profesional, resultante del control ético de pares al que se someten sus miembros. Este argumento no ha sido suficientemente persuasivo para las nuevas

generaciones de abogados. Durante los últimos 35 años, el Colegio de Abogados ha visto disminuir progresivamente la tasa de incorporación de profesionales recién recibidos, la que actualmente se sitúa bajo el 20% y se concentra, principalmente, en egresados de universidades tradicionales y en asociados de estudios jurídicos cuyos orígenes se remontan a una época anterior a las reformas.

Estimo que una causa relevante de este fenómeno es que nuestro Colegio ha tenido problemas para encontrar su lugar en un sistema en que la afiliación al mismo dejó de ser un requisito para el ejercicio de la profesión. El Colegio sigue identificando la esencia de su función con el control ético de sus miembros, entendido como una forma de garantizar la calidad de los servicios profesionales. Sin embargo, lo anterior ha perdido sentido ya que está asociado a las desaparecidas potestades históricas de los colegios para regular el derecho a ejercer la profesión. Para atraer a una nueva generación de abogados, el Colegio necesita encontrar un rol acorde a los tiempos y sus actuales potestades. Esa función debiera ser ofrecer a sus miembros el acceso a una cultura profesional que les sirva de llave para entender y operar eficazmente el derecho.

La garantía de calidad como legitimación del privilegio

La vinculación entre control ético y derecho a ejercer la profesión jurídica ha sido evidenciada por Richard Posner mediante una comparación entre los colegios de abogados de EE.UU. y los gremios medievales. Estos últimos eran asociaciones de ar-

tesanos que contaban con un privilegio concedido por la autoridad para producir un determinado bien en forma exclusiva. Para hacer rentar su monopolio, los gremios fijaban cuidadosamente el número de sus miembros, así como el precio, cantidad y calidad de los productos que podía manufacturar cada uno. A cambio de ello, la asociación compartía las rentas de su actividad con la autoridad.

Frente a la comunidad, el privilegio era justificado como una forma de garantizar la calidad de los productos ofrecidos al público. Este control era hecho efectivo por las regulaciones internas del gremio, las que incluían desde normas de confección hasta el número de aprendices con que podía contar cada maestro. El mismo gremio sancionaba la infracción a estas regulaciones, pudiendo imponer incluso la pena de exclusión del mismo y, consiguientemente, de la actividad.

Las regulaciones gremiales y sus sanciones servían, además, para evitar que los miembros debilitaran la rentabilidad del monopolio por la vía de aumentar la cantidad producida o bajar los precios. Como resultaba imposible castigar todas las desviaciones, los gremios promovieron una fuerte mística o ideología profesional que diera a sus integrantes valores comunes y asegurara su lealtad con la organización. El aprendizaje bajo la tutela de un maestro jugaba un rol crítico en ese proceso, ya que no solo proveía de entrenamiento al aprendiz, sino que servía para controlar el número de los futuros integrantes y asegurar su compromiso.

Al igual que en el caso de los EE.UU., la situación del Colegio de Abogados entre 1925 y 1981 guarda fuertes paralelismos con los gremios medievales. Lucas Sierra y Pablo Fuenzalida han descrito recientemente cómo, durante ese periodo, Estado y Colegio desarrollaron una estrecha relación de mutuo interés. Bajo esta lógica, en los años veinte el Estado impuso la afiliación al Colegio para ejercer la profesión, le otorgó potestades normativas para dictar reglas generales en relación a la profesión jurídica y facultades disciplinarias para castigar a quienes se desviaran de las conductas prescritas por él, incluyendo la cancelación del título. En la década del treinta se volvió obligatorio aprobar una práctica

profesional en el Servicio de Asistencia Legal del Colegio para obtener el título de abogado. Para los años sesenta, los beneficios del Colegio incluían financiamiento con cargo al presupuesto nacional, beneficios tributarios, de correos, etc.

En este contexto y, al igual que en el caso de los gremios medievales, el argumento de la “garantía de calidad”, si bien no era el único, era imprescindible para justificar los privilegios con que contaba el Colegio. De esta forma, el ejercicio de la potestad normativa, hecho efectivo en la dictación del Código de Ética Profesional de 1949, y de la potestad disciplinaria, ejercida por los consejos de la época, jugaban un rol clave en cómo el Colegio se entendía a sí mismo, y parecen haber conformado la piedra angular de su mística o ideología profesional.

La garantía de calidad como mecánica sin sentido

Las reformas de inicios de los años ochenta terminaron con el status privilegiado del Colegio de Abogados. La Constitución de 1980 declaró inconstitucional la colegiatura obligatoria. El DL 3.621 de 1981 privó al Colegio de la potestad para dictar normas generales y hacerlas cumplir y radicó el control ético de los abogados en los tribunales de justicia, de conformidad a las normas deontológicas vigentes en ese momento (i.e., el Código de Ética de 1949 y la Ley N°4.409, del Colegio de Abogados). Finalmente, la Ley N°17.795 trasladó las prácticas profesionales obligatorias al Ministerio de Justicia. De esta forma, el Colegio perdió el control sobre el monopolio para la prestación de servicios jurídicos.

Sin embargo, el Colegio siguió existiendo, reconvertido en “asociación gremial”, y continuó entendiendo la esencia de su función como garantizar la calidad de los servicios profesionales a través del control de pares, ejercido ahora como persona jurídica de derecho privado. De esta manera, el

El DL 3.621 de 1981 privó al Colegio de la potestad para dictar normas generales y hacerlas cumplir y radicó el control ético de los abogados en los tribunales de justicia, de conformidad a las normas deontológicas vigentes en ese momento.

“espíritu” del Colegio previo a 1981, manifestado en el rol central que otorgaba al control ético como conformador de su identidad, pervive en una época en que este ya no tiene el sentido legitimador que le dio origen ni está respaldado por potestades que permitan hacerlo efectivo. Probablemente, la expresión más evidente de esto es el gran esfuerzo puesto por el Colegio en la completa renovación de sus normas deontológicas en 2011, sin contar para ello con otras potestades normativas ni disciplinarias que las que resultan de su calidad de corporación de derecho privado. Ello, sumado a su opción de no ejercer las potestades disciplinarias que le restituyó la Reforma Constitucional de 2005 que, según ha

señalado últimamente Álvaro Anríquez, le permitirían aplicar, vía DL 3.621, el Código de Ética de 1949 y las sanciones vigentes al año 1981, incluyendo la cancelación del título.

Este control ético, desvinculado de su función legitimadora y marco normativo original, parece ser suficiente para mantener buena parte de la afiliación de quienes se recibieron antes de 1981 y atraer a nuevos abogados que participan de la mística profesional del Colegio por tener alguna conexión especial con su tradición. Sin embargo, para el resto, el argumento del control ético como forma de garantizar la calidad de los servicios prestados no

es suficientemente persuasivo. En el contexto de un mercado profesional cada vez más transparente y competitivo, la calidad puede ser evaluada directamente por los consumidores. No es que el control ético se haya vuelto completamente irrelevante para señalar ciertos atributos profesionales. Sin embargo, la baja entidad de los castigos que puede imponer una corporación de derecho privado, la opción del Colegio de no aplicar las sanciones contempladas en el DL 3.621 y la percepción (justificada o no) de que “entre bueyes no hay cornadas”, tienden a restarle importancia. Por lo tanto, de no ser capaz de encontrar otra función que sea valorada por los nuevos abogados, el Colegio amenaza con volverse una institución irrelevante.

Ha contribuido determinadamente a configurar el derecho chileno, constituyendo una tradición que sirve de sistema de referencia de buena parte de la racionalidad judicial y legislativa del país.

En busca de una nueva función para el Colegio

Max Weber ha descrito cómo la ideología profesional de los abogados ha definido el desarrollo de las diferentes tradiciones jurídicas. En la medida que cada ordenamiento jurídico es, en parte relevante, un producto de la ideología profesional de sus abogados, tener acceso a esta resulta crítico para entenderlo y poner en práctica sus instituciones en forma eficaz. Consistente con ello, más recientemente, Anthony Kronman ha explicado que el derecho tiene una conexión interna con las normas y valores que lo definen (i.e., con su propio pasado), de modo que ejercer la profesión jurídica es ingresar a una actividad que tiene autoconciencia de su propia profundidad histórica.

El Colegio de Abogados es el depositario natural de la ideología profesional de los abogados chilenos. Esta es anterior y más rica que la mera administración de un monopolio profesional y del control ético que lo legitimaba. Su contenido tiene un origen esencialmente empírico, que no se presta fácilmente para la enseñanza racionalizada de las universidades y ha contribuido determinadamente a configurar el derecho chileno, constituyendo una tradición que sirve de sistema de referencia de buena parte de la racionalidad judicial y legislativa del país. Es necesario que el Colegio advierta que lo más valioso que puede ofrecer a los nuevos abogados es un acceso privilegiado a esa cultura profesional.

Según Patrick Glenn, una tradición es información del pasado, que sigue siendo vigente en el presente y que es entregada de una generación a otra para que la haga propia. En consecuencia, para que la entrega -esto es, la *traditio*- de la cultura profesional del Colegio tenga lugar, es necesario que exista algo vigente que entregar, disposición a darlo y alguien que lo reciba. Para ello es imprescindible que el Colegio desarrolle un relato coherente y actualizado sobre el contenido de su propia cultura profesional, su valor y cómo compartirla. De no abocarse con preferencia a ello, el Colegio arriesga convertirse en una institución obsoleta. Solo teniendo conciencia del valor de su propia tradición, flexibilidad para renovarla y generosidad para entregarla, el Colegio de Abogados podrá convencer a una nueva generación de profesionales que formar parte de él vale la pena. 

Ricardo Rivadeneira Monreal

Este ilustre abogado nació el 14 de junio de 1929 en Santiago, hijo de Javier Rivadeneira Palacios y de Beatriz Monreal Gallardo. Estudió en el internado del Colegio de los Hermanos Maristas de San Fernando y Rancagua, y luego ingresó a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, de la cual se tituló en 1955. Profundizó su aprendizaje cursando un post grado en la Universidad Complutense de Madrid, en 1967, pero siempre estuvo interesado en ese vasto océano que es la cosa pública.

Su primer anclaje fue en el Ministerio de Hacienda, al que se integró a los 22 años como secretario de Jorge Prat durante el gobierno del presidente Carlos Ibáñez del Campo. En 1963, mientras era profesor de Derecho Constitucional, ingresó al Consejo de Defensa del Estado, donde permaneció durante 33 años. Allí ejerció en defensa de los intereses del país, ocupándose tanto del embargo del cobre en Francia, durante el gobierno del presidente Salvador Allende, como de las causas que azotaban la institucionalidad financiera instaurada durante el Gobierno Militar, en medio de una naciente economía de mercado.

Desde entonces su trayectoria siguió girando unida a los acontecimientos más relevantes de las décadas que siguieron y que remecieron al país durante las horas más turbulentas.

Integró las sucesivas comisiones que dieron origen a diversas Leyes Orgánicas Constitucionales de 1980 y también trabajó en la comisión especial referente al exilio, estudiando el expediente de cada afectado y la redacción del informe final, ayudando así al retorno de personas que tenían prohibición de ingresar al país. Asimismo, tuvo una relevante participación en comisiones de servicio en el



Ministerio de Relaciones Exteriores, con ocasión de los conflictos limítrofes con Argentina y posteriormente con Bolivia.

Digna de destacar fue también la abierta crítica que realizó a las violaciones a los derechos humanos, en momentos en que estas no eran reconocidas, luchando por denunciar esos hechos hechos y crear conciencia colectiva al respecto. Por otra parte, luego de la dictación de la Ley de Partidos, fue uno de los fundadores de Renovación Nacional, en 1987, y primer presidente de esa colectividad. Cargo en el cual fue elegido por su ecuanimidad y carencia de intereses personalistas.

Un hombre de paz

Su estampa elegante y una posición circunspecta ante la vida, en medio de la agitación cotidiana, invitaban a formar parte de un clima de tranquilidad, creando una especie de recinto privado donde se conversaba sin levantar la voz sobre

los problemas más candentes de la actualidad.

Respetuoso de las ideas ajenas, por lejanas que estuvieran de las suyas, fue un hombre de paz que vivió un concepto noble de la vida, estimulando siempre el diálogo, a veces risueño, con que acometía el análisis de los temas, lo que terminaba por romper las distancias.

Educado en la cultura del campo y en los conceptos de libertad y solidaridad, que convivían en él, se caracterizó por tener una ventana abierta hacia el dolor y la miseria, siempre preocupado cabalmente de la profesión y por defender con ilusión los valores que ella encarna.

Por esa potencialidad que resume su biografía fue designado por el entonces presidente Ricardo Lagos como integrante de la “Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato con los Pueblos Indígenas” (2001- 2003).

Otro ejemplo de su interés por la cosa pública fue su elección como presidente del Colegio de Abogados (1991-1992). Su nombramiento estuvo ligado a un momento en que la Orden necesitaba afirmarse como una asociación con bandera de lucha propia hacia las nuevas generaciones.

Sin duda la mayor recompensa de este abogado justo y bueno fue la familia que formó junto a Mercedes Hurtado Vicuña, con quien tuvo ocho hijos que llevan “el sello de la casa”, constituido por la cordialidad y una cálida ironía intelectual que siempre estuvo presente en su vida.

Falleció el 13 de junio de 2011, dejando un ejemplo de dedicación infatigable tanto a la profesión como al Colegio de Abogados, mereciendo con creces el noble título de “abogado ilustre”. 🕊️

APP



Cuadragésimo aniversario



Casado en el antiguo régimen de obediencia de la mujer al marido, nuestro cronista reflexiona sobre cómo se ha dado en su vida conyugal aquello de que “el hombre manda y preña”. A decir verdad, con resultados no muy halagüeños para él.

Ya en marzo pasado la Clarita me empezó a dirigir en las mañanas una mirada extraña de significados arcanos, como aguardando una respuesta, hasta que mis nervios no soportaron más y le espeté: “¿Por qué me miras tanto?” “Estoy esperando. Estoy pacientemente esperando”, fue su enigmática respuesta, y acompañó la frase con una expresión de resignación. Desconcertado, empecé a analizar qué acontecimiento de nuestras vidas había olvidado o a cuál no le había dado la importancia debida. Y de pronto me iluminé: saqué las cuentas y descubrí que en el mes de abril cumpliríamos 40 años de matrimonio. La Clarita simplemente estaba esperando los preparativos que supuestamente yo ya debiera haber hecho para celebrar tan magno evento.

¡¡Cuarenta años, ya!!”, pensé entonces, casi sin convencerme de que tanta agua había pasado bajo

la alcoba conyugal desde el evento que nos unió actual e indisolublemente y para toda la vida, con el fin de vivir juntos, auxiliarnos mutuamente y procrear. Esto último a porfía, a juzgar por los seis vástagos que generó aquel contrato solemne.

Creo que por aquello de que en cada contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración, me puse a recordar el andamiaje jurídico que sustentaba el matrimonio en aquella época.

De partida, la Clarita era incapaz, por haber contraído el vínculo bajo el régimen de sociedad conyugal, y como tal, no podía sin mi autorización celebrar contrato alguno. Además, me debía obediencia, debía seguirme donde quiera que yo trasladara mi residencia, y yo podía pedir al juez que le prohibiera el ejercicio de toda profesión o comercio que considerara inconveniente. ¡Para qué decir sobre la sanción de las infidelidades! Si ella hubiera osado mirar para el lado, hubiera sido castigada con las penas del infierno. En cambio, en mi caso lo que se sancionaba era el amancebamiento, es decir tener a la “cochina” -así me han contado que se denomina a esas pérfidas mujeres en la jerga de los infieles- dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo.

¡Qué sabiduría la del legislador de la época!, pensé. Sabedor que los hombres somos más débiles que las mujeres frente a las crueles tentaciones de la carne, impuso una sanción más benigna para el varón, habida consideración de su proverbial flaqueza.

Discurriendo sobre la legislación vigente a la época de mi matrimonio, recordé que un cuñado me contó que su padre, cabalgando por el campo, había sorprendido a una pareja campesina, él delante, montado sobre un escuálido caballo, y ella detrás, caminando apenas, doblado el lomo por el peso de una gran carga de leña. Sorprendido y molesto, el padre de mi cuñado le reclamó al hombre por qué no cargaba él la leña y le dejaba el caballo a su mujer, o alternativamente, por qué no cargaban al caballo con la leña y ambos caminaban. El hombre lo miró con infinito desprecio, y observando a lontananza, le recitó con voz ronca las siguientes palabras de su sabiduría milenaria, moduladas lentamente como queriendo que su interlocutor se las grabara a fuego en el cerebro: “El hombre manda y preña. La mujer, sumisa, acata”. A continuación, espoleó su caballo y galopó hasta perderse en el horizonte, mientras la mujer lo siguió, trastabillando a cada paso con el peso de la leña.

El colega del subterráneo

Ensamblando el cuento de mi cuñado con la realidad jurídica del tiempo de mi matrimonio, llegué a la conclusión de que yo me casé en la época que el hombre mandaba y preñaba. E hinché mi pecho de orgullo masculino, sintiendo como la testosterona se derramaba por mi cuerpo reclamando la supremacía del varón en la naturaleza. Pero no crean que fue un momento de mala onda: este sentimiento viril iba acompañado de un sentimiento de protección hacia las débiles féminas nacidas de uno de los huesos de nuestro costillar.

Sin embargo, el colega contrario que todo abogado lleva dentro y que habita en el subterráneo de la conciencia empezó a contra argumentar: “A pesar de contar con la ley en tu favor, ¿efectivamente has mandado y preñado? ¿Y la Clarita, sumisa, ha acatado?”

Recogí el guante y entré en un análisis concienzudo sobre el tema planteado por el puntudo colega. Partí por despejar la primera incógnita de la pregunta, y respondí sí, efectivamente he preñado. Con todo, el acto de preñar requiere voluntades recíprocas, y en el escenario en que no las hubiera habido, ¿habría podido yo preñar ante la negativa de mi cónyuge, imponiendo mi sola voluntad, haciendo valer entre abogados el Código Civil de la época en aquello de que la mujer debe obediencia al marido?

Un manto de duda se dejó caer sobre este recoveco del análisis, por lo que simplemente lo omití. Afortunadamente el colega del subconsciente no ahondó mayormente en el tema y me concedió el punto: efectivamente has preñado. Y ya habiendo una convención probatoria sobre tan peliaguda materia, nos abocamos a despejar la siguiente

“El colega contrario que todo abogado lleva dentro y que habita en el subterráneo de la conciencia empezó a contrargumentar: ‘A pesar de contar con la ley en tu favor, ¿efectivamente has mandado y preñado?’”

incógnita: ¿efectivamente has mandado? ¿Y como contrapartida la Clarita sumisamente ha acatado?

Aquí el análisis se complicó. Para efectuarlo con exactitud, como buen ingeniero de las ciencias sociales, me dirigí al “Diccionario de la Real Academia” a buscar el significado de las tres palabras bajo la lupa.

Así, encontré que mandar es “ordenar el superior al súbdito”, “sumiso” es “obediente, subordinado” y “acatar” es “tributar homenaje de sumisión y respeto”.

Llevado por un espíritu cartesiano y espantando ese terrible miedo que sentimos todos los maridos de ser motejados de “macabeos”, decidí hacer un análisis realista y científico del tema.

Los pecados del consumo

La verdad, utilizando un término jurídico, lo más cercano a la obediencia que he conseguido de mi mujer es algo similar a la obligación contraída bajo la condición potestativa consistente en la mera voluntad del deudor que se obliga, es decir, dicho con crudeza, un acatamiento formal pero bajo la fórmula de “lo haré si quiero”.

Es que no podría ser de otra manera entre cónyuges que comparten la misma profesión y trabajan a la par, me consuelo. ¿Quién, en una relación de este tipo y en estas condiciones, podría representar el rol del superior y cuál el del súbdito?

No obstante lo anterior, y en un arranque de sinceridad descarnada, debo reconocer que en algunas ocasiones, pero solo en algunas he representado

este último rol. Ante la sonrisa sardónica del maldito colega inquilino del subconsciente, quien parece disfrutar anticipadamente de su triunfo en esta discusión que se desarrolla al interior del estrado de mi cerebro, le explico que el motivo es que mi mujer tiene más sentido práctico que yo, y es solo en esas materias pedestres y terrenales en las que asume el rol mandante. En tanto, yo me reservo las importantes decisiones, tales como las inversiones del patrimonio familiar. Al decir esto último me sonrojo, ya que mi ojo como inversionista ha sido desastroso y por poco he dejado a la familia en la inopia.

“¿Pero es así como lo perciben tus hijos?,” dice sibilinamente el colega, trayendo a mi memoria que mis hijas, al contarles el cuento del campesino que cabalgaba mientras su mujer cargaba la leña, compusieron una versión irónica que adaptaron a la realidad de nuestro hogar, y que dice así: “El hombre paga y sueña, y la mujer, de prisa, gasta”.

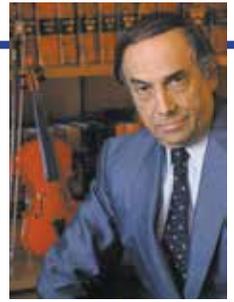
Recuerdo entonces el crucero por el Mediterráneo con el cual la Clarita -abusando de su capacidad decisoria en materias prácticas- ha decidido que celebremos nuestros cuarenta años de matrimonio. Y aun cuando ha aportado parte de los gastos de la celebración con su patrimonio sumamente reservado, bien sé que las tiendas del barco y las de los bellos lugares en los que recalaremos la estarán acechando, y por ende a mi billetera.

Pero tal como el sabio legislador de la época de nuestro matrimonio era benévolo con los hombres en los pecados de la carne, atendiendo a su depravada naturaleza que nos hace flaquear frente a tan encantadoras tentaciones, yo por las mismas razones soy benévolo con las mujeres en los pecados del consumo.

Por otra parte, tengo como as bajo la manga que conforme al Código Civil de la época -incorporado en nuestro contrato de matrimonio- me debe obedecer cuando le diga que no compre esa cartera Luis Vuitton que planea adquirir en el viaje. Total, yo mando y preño. 



“Yo me reservo las decisiones importantes, como las inversiones del patrimonio familiar. Al decir esto último me sonrojo, ya que mi ojo como inversionista ha sido desastroso y por poco he dejado a la familia en la inopia”.



Fracasos célebres



"El dormitorio" es una de las más de 800 obras que Van Gogh pintó, de las cuales solo vendió una en vida.



Las obras de Renoir -aquí "The Seine at Asnières"- fueron inicialmente rechazadas por el jurado del Salón de París.

A quienes son estudiosos de la historia universal siempre les ha llamado la atención la existencia de célebres personajes, algunos incluso geniales, que en algunas etapas de su vida han experimentado serios fracasos en sus respectivas actividades, ya sea en el campo científico, político, militar, filosófico o artístico. Sin embargo, a pesar de ello su aporte a la humanidad ha sido absolutamente invaluable.

Paradigma de ello son, entre tantos otros, casos como los siguientes. Albert Einstein, inventor de la Teoría de la Relatividad y Premio Nobel de Física en 1922, e incluso un buen violinista, fue reprobado en sus estudios en su niñez y adolescencia, al punto de ser calificado casi como un retardado mental. De igual forma, Thomas Alva Edison, uno de los más famosos inventores de todos los tiempos, creador de la lámpara de filamento incandescente y el fonógrafo y de mejoras en el cinematógrafo, también experimentó en su juventud serias descalificaciones relativas a su supuesto retraso intelectual, habida consideración de su pobre desempeño en los estudios.

Por otra parte, en el campo político militar, grandes estadistas y gobernantes, como Ramsés II, Alejandro Magno y Julio César, entre otros, incluido Napoleón con su Waterloo, también tuvieron en su oportunidad que aceptar inesperadas y graves derrotas.

Desde otro punto de vista y ya en lo referido a las manifestaciones artísticas, son conocidos algunos fracasos de célebres literatos, pintores y músicos, a quienes sin embargo la posteridad les ha entregado una muy merecida fama.

Así sucedió, por ejemplo, con el escritor y poeta norteamericano Edgar Allan Poe (1809-1949), el checo Franz Kafka (1883-1924), el francés Marcel Proust (1871-1922) y el británico Rudyard Kipling (1865-1936), Premio Nobel de Literatura en 1907.

En el campo de la pintura, son innumerables los casos de pintores que siendo excepcionales artistas, solo fueron reconocidos como tales a edad muy avanzada o simplemente después de muertos. Así ocurrió con la obra de Vincent Van Gogh, neerlandés (1853-1890), postimpresionista, considerado como uno de los genios de la pintura de todos los tiempos, quien pintó más de ochocientos cuadros, de los cuales pudo vender solamente uno de ellos.

A su vez, las obras de otros insuperables pintores, integrantes del movimiento francés denominado "impresionismo", como Edouard Manet (1832-1883), Claude Monet (1840-1926), Auguste Renoir (1841-1919), Camille Pissarro (1830-1903) y Alfred Sisley (1839-1899), fueron inicialmente rechazadas por el jurado del Salón de París de 1863, razón por la cual,



"La Traviata", de Giuseppe Verdi, fue en sus inicios un absoluto fracaso.



"Carmen", de George Bizet, tampoco tuvo éxito en su estreno.

y solo tras la intervención de Napoleón III, fueron expuestas en un anexo al salón oficial.

Para finalizar este recuento de los grandes fracasos del pasado, esta vez relacionados con la música selecta, es del caso recordar que, aunque parezca increíble, dos de las óperas más interpretadas en la historia, "La Traviata" de Giuseppe Verdi (1813-1901) y "Carmen" del francés George Bizet (1838-1875), constituyeron tanto en su estreno como en sus inicios el más absoluto y rotundo descalabro.

"La Traviata", estrenada el 6 de marzo de 1853 en el Teatro La Fenice de Venecia, se basa en la novela de Alejandro Dumas hijo, "La Dama de las Camelias", la cual narra la airada vida real de una famosa cortesana de nombre Marie Duplessis, fallecida cinco años antes de dicho fallido estreno. La razón del citado fiasco no se debió a la calidad de la música del gran Giuseppe Verdi, sino al deficiente montaje y a la falta de valores morales de la obra misma, según los criterios de aquella época.

A su vez, y por similares motivos, el estreno el 3 de marzo de 1875 de la muy famosa ópera "Carmen" de George Bizet, basada en la novela homónima del literato francés Próspero Mérimé, fue un desastre rotundo del cual nunca se pudo recuperar tan destacado compositor, quien falleció el 3 de junio de 1875. Esto es, solo meses después del malhadado estreno de dicha ópera.

Sin perjuicio de existir otros casos de óperas que en sus inicios fueron también un desastre, incluso nada menos que las primeras de Richard Wagner (1813-1883) -tal vez el más grande y completo de los compositores de ese género musical-, y las de Franz Schubert (1797-1828) -que eran realmente mediocres-, hubo obras sinfónicas cuyos estrenos causaron escándalo. Unas, por su deficiente calidad, y otras por su cho-

cante novedad musical. En la primera situación se encuentra la Sinfonía N°1 del compositor, pianista y director de orquesta ruso Sergei Rachmaninov (1873-1943), cuyo estreno el 28 de marzo de 1897, en San Petersburgo, fue tan desastroso que le causó al autor una crisis nerviosa de tal naturaleza que le impidió toda actividad musical durante un largo tiempo. Solo se recuperó de ella mediante un tratamiento de hipnoterapia, lo que le permitió componer uno de los conciertos para piano y orquesta más famosos de todos los tiempos, cual es el N°2, estrenado en 1900.

Finalmente, y como un verdadero paradigma del caso de una obra musical que causó un escándalo realmente histórico -no por su deficiente calidad, sino por su sorprendente, novedosa e insólita música- cabe señalar el estreno del ballet y obra de concierto orquestal "La Consagración de la Primavera", del compositor ruso Igor Stravinsky (1882-1971), efectuado el 29 de mayo de 1913 en el Teatro de los Campos Elíseos en París. Ocasión en que mientras una parte del público aplaudía, otra tanto abucheaba y golpeaba, impidiendo el normal desarrollo de dicha función.

Esta obra, no obstante lo anterior, ha sido considerada como la de mayor importancia del siglo XX, pues cambió radicalmente el lenguaje musical de todos los compositores de las épocas anteriores, influyendo decisivamente en otros genios como Claude Debussy, Maurice Ravel, Eric Satie, Bela Bartok, Sergei Prokofiev y muchos otros.

Así entonces, a pesar que los grandes científicos, guerreros, literatos, pintores y compositores musicales a los que hemos aludido precedentemente han experimentado ocasionales fracasos, todos ellos han dejado para la posteridad la impronta de su absoluta genialidad, lo que los transforma en seres irrepetibles para la historia de la humanidad. 



Vivo = Héroe (Dunkerque)

Un reciente artículo del “Wall Street Journal” se preguntaba si el género “largometraje” definitivamente ha desaparecido de nuestra cultura popular. ¿Cuál es la diferencia entre “House of Cards” y “All the President’s Men”? ¿La longitud? Marvel ha cambiado todo esto, con sus secuelas sobre el “Hombre Araña” o el “Capitán América”, ejemplos de



largometrajes seguidos de una serie interminable de capítulos. ¿Serán los costos de producción, que solo se justifican en obras de gran envergadura que no están destinadas a ser vistas en la pantalla de la TV? Parece que “Game of Thrones” cambió eso al invertir US\$100 MM en siete episodios. Como sea, resulta íntimamente satisfactorio encontrarnos con una película de duración limitada, filmada en (valga la redundancia) “film”, no en video, que hace uso completo de la gran pantalla y la calidad del sonido moderno. Es decir, un auténtico “largometraje”, que además ha tenido un razonable éxito de taquilla (claro que la mitad que el último episodio de “Spiderman”).

Estamos junto al soldado raso Tommy (Fionn Whitehead), quien recorre junto a varios compañeros las calles vacías del puerto de Dunkerque, mientras a su alrededor llueven hojas impresas que con gran economía narrativa alemana le señalan que está condenado a ser atrapado o morir a las manos del enemigo que lo rodea. Tommy sobrevive lo suficiente para llegar a la playa donde cientos de miles esperan la evacuación. Con la ayuda del soldado Gibson (Aneurin Barnard), toman un moribundo desconocido que yace en una camilla e intentan sumarse a quienes evacúan a los heridos para lograr salir en un barco próximo a zarpar hacia Inglaterra. Mientras la película narra las angustias de la tropa de tierra durante la semana que esperan su evacuación, Nolan se centra en el

día en que Mr. Dawson (un magnífico Mark Rylance), junto a su hijo adolescente Peter (Tom Glynn-Carney) y su amigo George (Barry Keoghan), cruzan el Canal de la Mancha en su pequeña embarcación junto a otras 800, para rescatar la tropa y traerla de regreso a Inglaterra. Simultáneamente a todo lo anterior, seguimos los esfuerzos de

los pilotos Collins (Jack Lowden) y Farrier (Tom Hardy) por dar cobertura aérea a todo este esfuerzo de evacuación con solo una hora de combustible en sus estanques.

Si el párrafo anterior le resulta confuso al lector, apreciará entonces el talento del director Nolan, quien logra mantener los tiempos narrativos perfectamente alineados. El tema de la manipulación del tiempo es uno de sus favoritos, piensen “Interstellar” y “Origen”. Pero mientras esas películas tenían una duración bien en exceso de dos horas, con un tiempo de narración expositiva eterno, esta se logra mantener en unos satisfactorios 106 minutos, durante los cuales la economía de diálogo por momentos la asemeja al cine mudo. La ausencia de diálogo es sustituida por un impecable uso del idioma visual (magníficas tomas de persecuciones aéreas, de tropas evacuando en la playa, de embarcaciones cruzando el Canal), y la música de Hans Zimmer agrega el elemento de tensión que nos mantiene concentrados en la pantalla.

“Dunkerque” es una obra completa y comprensiva, no obstante su compacta duración, que logra reproducir el ambiente infernal y oscuro de la guerra. Aquí no hay espacio para desarrollo de personajes, no hay espacio para los protagonistas históricos (ni Churchill, ni Hitler, ni siquiera un soldado alemán aparecen). Todo el esfuerzo está en llevarnos a sentir la guerra. Su irracionalidad, nuestra fragilidad y el esfuerzo de la especie humana por sobrevivir a todo ello. ⚖️

ALBERT ANKER

El sentimiento y la dulzura de las escenas domésticas

Albert Samuel Anker (1831-1910) es el pintor suizo más importante del siglo XIX. Entre 1859 y 1885 sus obras se expusieron regularmente en el Salón Oficial de París, y es considerado uno de los artistas plásticos que mejor se aproximó al mundo de los niños y de los ancianos. En 2012, a través de Sotheby's se subastó el cuadro "Retrato de una Niña" (pintado en 1885) -el cual no se incluye en este artículo-, a un precio de 1.426.500 francos suizos.

Nació en 1831 en Anet (un pueblo del cantón de Berna), en una familia muy numerosa, pues fue el doceavo hijo de un veterinario. A los 14 años tuvo sus primeras clases de dibujo con Louis Wallinger en Neuchâtel. A los 20, y por influencia familiar, empezó a estudiar teología en la Universidad de Berna y de Halle (Alemania), con el objetivo de convertirse en pastor protestante. Carrera que pasados



"Maurice con la gallina" y "El hermanito" ponen en evidencia el análisis delicado y profundo de la mirada infantil.



"El dominó", una de las obras de Anker que demuestra su maestría en el retrato de los niños.

unos años y con autorización paterna interrumpió para viajar a París y dedicarse a lo que constituyó su vocación: la pintura.

Mientras estuvo en Francia fue un tiempo alumno del pintor -también de origen suizo- Charles Gleyre, y luego siguió perfeccionándose en el oficio en la Escuela de Bellas Artes de París. Su obra, sembrada de afecto y generada desde una observación, además de precisa, sabia en emotividad, no puede más que enternecer.

En "El dominó", Anker revela la belleza del gesto y retiene la pura expresión de una niña concentrada en el juego. No solo la gestualidad de los niños fue su especialidad: en sus retratos también pone en evidencia su análisis delicado y profundo de la mirada infantil, logrando expresar la inocencia como sucede en "Maurice con la gallina", obra fresca en vitalidad que comunica la actitud de un niño (hijo del pintor) que ha encontrado una mascota. Como contexto de estas obras cabe mencionar que Albert Anker se casó con Anna



"Pelando patatas", una obra de estilo realista costumbrista, posiblemente influenciada por la escuela holandesa.



En "Leyendo al abuelo" la tranquilidad y aceptación del anciano se ponen de relieve junto a la compañía del nieto.

Rüfli, con quien tuvo seis hijos, a quienes constantemente retrató, e incluso pintó a sus nietos, todo lo cual le permitió ganar en percepción de la psicología infantil.

En otra faceta, este gran dibujante realizó más de trescientos diseños para el fabricante de lozas Théodore Deck. Además, la fama que alcanzó su pintura le permitió dedicarse desde 1870 a 1874 a la política, como diputado del Gran Concejo del cantón de Berna, lugar desde el cual apoyó la construcción del Museo de Bellas Artes. En 1878 organizó con gran éxito el pabellón suizo de la Exposición Universal de París, por lo que fue nombrado Caballero de la Legión de Honor.

Lo que Anker más trabajó fueron las naturalezas muertas y las escenas con niños y adolescentes jugando o trabajando, en muchas de las cuales se ha visto una influencia de la escuela holandesa, como por ejemplo en el cuadro "Pelando patatas", que puede calificarse de "Realismo Costumbrista".

También forman parte de ese realismo aquellas obras en las que dejó testimonio de la enseñanza en las escuelas rurales de Suiza, y aquellas otras que ilustran los momentos que construyen el valor de la vida familiar, como en "El hermanito", que muestra la alegría entre hermanos, o "Leyendo al abuelo", donde la tranquilidad y aceptación del anciano se ponen de relieve junto a la compañía del nieto.

La Universidad de Berna le concedió el título de Doctor Honoris Causa. Sus pinturas y acuarelas (estas últimas, más de 600, realizadas cuando no podía pintar al óleo a causa del ataque de apoplejía que sufrió), han sido demandadas por coleccionistas franceses y suizos alemanes. 🏛️

Su obra, sembrada de afecto y generada desde una observación, además de precisa y sabia en emotividad, no puede más que enternecer.

Rol N° 3353-17-INA.

8-08-2017

Inaplicabilidad de la suspensión de la pena sustitutiva en los casos de delitos cometidos por manejo en estado de ebriedad.

Se requiere la inaplicabilidad del artículo 196 ter de la Ley N°18.290, en lo que se refiere a la suspensión de la aplicación de la pena sustitutiva. El precepto impugnado, agregado a la Ley de Tránsito por la Ley N°20.770, conocida como Ley Emilia, establece que la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere condenado. La acción de inaplicabilidad fue presentada por un acusado, para que la declaración de inaplicabilidad incida en el proceso seguido en su contra por los delitos de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte y de lesiones leves.

El Tribunal Constitucional consideró que en el caso concreto en que incide este requerimiento resulta desproporcionada la aplicación de la disposición legal impugnada, por cuanto la privación de la libertad personal por un año sería desproporcionada y contraria a la Constitución, al establecerse una desviación de los fines de la pena, obviándose la lesión opuesta de peligro del bien o bienes jurídicos protegidos. Hizo presente también la magistratura que la falta de proporcionalidad implica a la vez una afectación al principio de igualdad, puesto que el legislador debe hacer una ponderación entre lo gravoso de la pena y el hecho, como único parámetro en el test de comparación, debiendo excluirse toda opción preventiva, como aquella que establece el artículo 196 ter, pues escapa al ámbito punitivo cualquier exceso que conlleve penar más allá del hecho punible descrito en la ley (principio de taxa-

tividad), plasmado en el inciso final del numeral tercero, del artículo 19, constitucional. En relación con lo anterior, precisa que las sanciones principales y accesorias que el delito lleva consigo son constitucionalmente suficientes para cumplir con los fines de la pena en los términos que sirva para que se convierta en necesaria y justa, y así se respete la dignidad humana en los términos establecidos en la Constitución.

Rol N° 3086-16-INA.

18-07-2017

Se requiere la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley N°17.288, sobre Monumentos Nacionales. Específicamente, la norma objetada dispone, en lo que interesa, que “Si el Monumento Histórico fuere un inmueble de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, el que determinará las normas a que deberán sujetarse las obras autorizadas. Si fuere un lugar o sitio eriazado, este no podrá excavar o edificarse, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales, como en los casos anteriores”.

La misma norma, en su inciso final, se encarga de sancionar el desconocimiento de la prohibición que establece. El requerimiento de inaplicabilidad fue presentado a la arrendataria con opción de compra del inmueble en el cual funciona la Fábrica Bellavista Oveja Tomé. Dicho inmueble, en abril de 2016, por acuerdo del Consejo de Monumentos Nacionales, fue declarado como Monumento Histórico. Frente a dicha decisión, la requirente interpuso ante la Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de pro-

tección, proceso para el cual pretende que surta efectos una sentencia estimatoria de inaplicabilidad. El Tribunal Constitucional consigna que la aplicación de la disposición censurada no produce una afectación al derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen; por la sola regulación que contempla el artículo 12 de la Ley N°17.288, más aún, considerando que “el ejercicio del mencionado derecho debe conciliarse con las restantes garantías que la Constitución y el ordenamiento jurídico contemplan, en especial, la preservación, protección e incremento del patrimonio cultural e histórico de la Nación”.

En lo referido a la eventual conculcación del derecho de propiedad, la magistratura trae a colación que la función social que sirve de fundamento a la regulación cuestionada, emana de la misma consagración constitucional del derecho de propiedad, como un elemento integrante del mismo y como tal no resulta inconciliable con este, sino complementario. Agrega sobre el punto, que lo que hace la norma cuestionada es imponer de cargas para el titular de un derecho de propiedad, tendientes a proteger un interés público, pero que en caso alguno se le niega de manera absoluta el ejercicio de ese derecho en su esfera individual. El Tribunal, finalmente, aclara que no es comprensible la forma en que se podrían afectar los derechos de la requirente, si la misma no es propietaria del inmueble sujeto a la declaración de Monumento Histórico, de tal manera que no le resultan oponibles las cargas reseñadas en el citado artículo 12, toda vez que cualquier decisión respecto a la conservación, modificación o destrucción del bien involucrado, le corresponderá al dueño definir las y no al arrendatario. 



260 años de abogados chilenos

Comenzamos a ofrecer a nuestros lectores una nueva columna sobre temas relacionados con la historia y la filosofía del derecho. En esta primera ocasión trataremos los orígenes de la Real Universidad de San Felipe de Santiago de Chile y los inicios del estudio de la abogacía en nuestro país.

¿Por qué es la abogacía una profesión “libre” o “liberal”? En otras palabras, ¿de qué restricción están libres los abogados (plural neutro que, en un castellano esmerado, cubre por igual a varones y mujeres)? La respuesta, aunque ignorada por muchos profesionales libres, es simple. Al contrario de los sacerdotes, los abogados no “toman las órdenes”, es decir, no tienen un voto de obediencia a la Iglesia Católica Apostólica Romana.

En 1622 comenzó la formación de sacerdotes en el Valle Central, la semilla de la que surgió la educación superior chilena, que pronto cumplirá cuatro siglos. En virtud de un “breve”, una autorización papal que solicitó el rey de España hasta que se fundara una universidad real o del Estado, la escuela que la Orden de los Padres Predicadores (más conocidos como “dominicos”) mantenía en el Convento del Rosario (la actual iglesia de Santo Domingo, ubicada entonces como hoy en una manzana contigua a la actual Plaza de Armas en Santiago), comenzó a graduar a sus estudiantes como bachiller, magíster o doctor en teología. A esa, la raíz más antigua de la institución universitaria chilena, pronto se sumó la escuela de la Compañía de Jesús, devenida en Colegio Mayor de San Miguel.

En una comunidad como la chilena, ínfima, pobre, asediada y muy lejana de la metrópolis, la “profesión de la fe” era indispensable. Dotaba de sentido a la existencia: marcaba los nacimientos, los matrimonios y las muertes, y permitía celebrar tanto la misa como las distintas festividades del calendario religioso. Hay un Creador que es todo amor. Que las cosas vayan bien lo demuestra. Y que vayan mal, que uno sea azotado por la adversidad, también lo demuestra. Porque el Creador es una deidad celosa. Solo prueba a los que ama, como hizo con Abraham. Es “el consuelo de la fe”.

El dos de diciembre de 1713, a propuesta del alcalde de Santiago, el cabildo capitalino acordó rogar al monarca que fundara una universidad real en la capital. Muchas familias

con hijos talentosos, argumentó el acuerdo, carecían de medios para financiar estudios en Lima, en la Real y Pontificia Universidad de San Marcos, la “Decana de América”, la universidad más cercana. El Reino de Chile no podía permitirse desperdiciar talento. El Rey firmó la real cédula que fundó la Real Universidad de San Felipe de Santiago de Chile en 1739. Se la denominó así para honrar al monarca y no, como algunos creen, por estar sita en la ciudad del mismo nombre. Su primer rector fue don Tomás Ruiz de Azúa, abogado y doctor en derecho, cuyo retrato adorna hasta hoy el despacho del rector de la Universidad de Chile.

Chile seguía siendo la más pobre dependencia del imperio español en América. Pero la riqueza material comenzaba a acumularse. ¿Sería prudente que los únicos abogados disponibles fueran españoles peninsulares, o los hijos de las familias más acaudaladas graduados en Lima?

Tomó casi veinte años construir el edificio que albergaría a la Universidad, ubicado donde hoy está el Teatro Municipal de Santiago. El nueve de enero de 1758 se dictó ahí la primera lección del curso de estudios conducente al grado de bachiller en sagrados cánones y leyes. En ese edificio fue examinado y recibió dicho grado en 1836 don Andrés Bello, en la entonces denominada Universidad de San Felipe de Santiago de Chile. Y fue ahí donde, a partir de 1842, se desempeñó como rector de la Universidad de Chile.

Desde 1758, la chilena comenzó a ser una cultura de clérigos y abogados. Mantuvo dicha condición hasta avanzado el siglo 19. La abogacía es el origen de la educación en profesiones “libres” o “liberales” en Chile, y cumplirá 260 años en pocos meses más. 🎓

* M. E. Orellana Benado es doctor en filosofía de la Universidad de Oxford y licenciado en ciencias de la Universidad de Londres. Consultor, ensayista, profesor e investigador asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, es autor de diversas obras, entre las que se cuenta “Gobernar es educar. Orígenes, fulgor y fines del triestamentalismo” (Orjikh 2016).

Por Deborah Con Kohan

El asesinato del Magistrado Los casos del juez Di

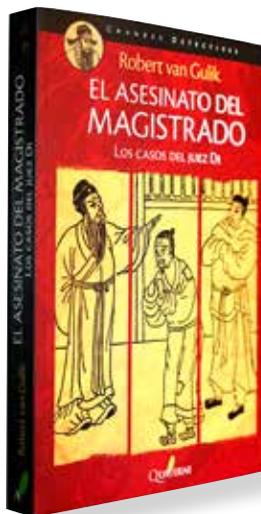
Robert van Gulik

Quaterni, México, 2016, 279 páginas.

Al igual que Sherlock Holmes, el juez Di posee instinto, garra y sorprende con su extraordinaria capacidad de raciocinio. Hila cabos sueltos, utiliza su olfato para husmear donde algo no cuadra y de pequeños detalles saca efectivas conclusiones, de modo que a pesar de toda la maña que el culpable se dé, acaba por ser descubierto. En sus audiencias y juicios -públicos, y con asistencia de un gran número de personas-, el juez Di demuestra no solo su sagacidad, sino también su capacidad de administrar justicia con sabiduría y compasión, en el marco de la China de los siglos VII y VIII d.C.

Robert van Gulik (1910-1967) nació en La Haya, pero a causa del trabajo de su padre, oficial médico del ejército holandés, vivió parte de su infancia en Yakarta, donde aprendió chino mandarín y conoció a fondo la cultura oriental, especialmente de Japón y China. Más tarde sirvió en estos países como diplomático, al igual que en el Sudeste Asiático, y fue embajador en Estados Unidos.

Durante una de sus estadías en Japón, en 1949 publicó el primero de sus libros sobre el juez Di ("Los casos del juez Di", ahora reeditados por editorial Quaterni), los que también cuentan con ilustraciones realizadas por él, ya que además de sinólogo y orientalista, fue músico, dibujante y escritor. Tomó a su personaje de un héroe de la literatura china, el juez Di (Jenchie Ti, 630-730 d.C.), uno de los



grandes detectives de la antigüedad, quien se hizo conocido por los numerosos crímenes que resolvió mientras era magistrado en las provincias. Al adaptar el personaje a la cultura occidental, no sin cierta ingenuidad y sentido del humor, eliminó las extensas descripciones de torturas propias de la literatura china, así como los fenómenos sobrenaturales, si bien mantuvo algunos que sin duda dan sabor al relato. También conservó la estructura literaria de las novelas policiales de la época, donde se presentan en forma conjunta tres tramas que finalmente convergen.

Al lector le resultará interesante conocer cómo funcionaba la administración de la justicia en la antigua China y cuáles eran los deberes del magistrado, que era la principal autoridad del dis-

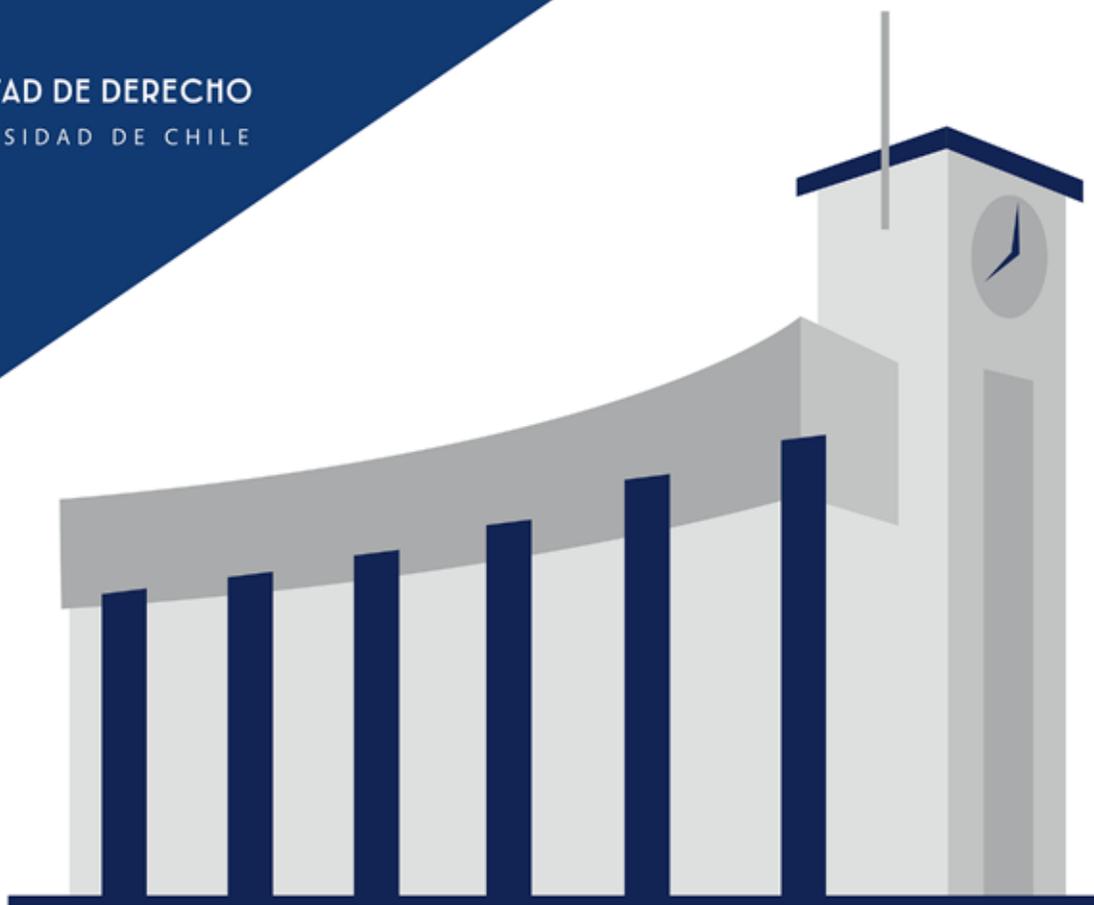
trito en que residía. Por tanto, no se limitaba a juzgar, sino también actuaba como detective, encargándose de capturar y castigar a los criminales, labor en la que era asistido por el personal del tribunal. Además debía realizar una serie de tareas administrativas, recaudar impuestos y censurar a la población.

"El Asesinato del Magistrado", el primero de la serie de "Los casos del juez Di", lo muestra en el comienzo de su carrera, viajando a la ciudad portuaria de Pénglai, en Shantung, junto a dos pintorescos ayudantes, para aclarar el asesinato del magistrado Wang, quien ha sido envenenado en su biblioteca. A ello se suman otros homicidios y el enigma de una mujer desaparecida, con el trasfondo de la tensión existente entre el budismo y el confucianismo. Tampoco queda fuera el estricto código de honor que caracterizaba a la sociedad de la época; así, por ejemplo, una mujer violada debía suicidarse para mantener su honor y el de su familia. El libro concluye con un relato breve, "Las cinco nubes afortunadas", en el cual el juez Di debe esclarecer el suicidio de una joven esposa.

Aunque se echa de menos una edición más cuidada, con una mejor traducción, ello no opaca el agrado de encontrarse con una trama entretenida, que mantiene el suspenso a la par que permite conocer las ancestrales costumbres de una cultura milenaria. ⚖️



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE



6^o Jornadas Nacionales de Derecho Procesal

SANTIAGO 19 - 20 OCTUBRE / 2017

MÁS INFORMACIÓN: <http://jornadasprocesal.derecho.uchile.cl/>



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE



Universidad de
los Andes



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE
VALPARAÍSO



Universidad
de Concepción



Instituto Chileno de
Derecho Procesal



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

POSTGRADOSUDD

Para liderar en un mundo global

POSTGRADOS Y EDUCACIÓN CONTINUA 2017
Santiago - Concepción



Campus Rector Ernesto Silva Bafalluy
UDD Universidad del Desarrollo

PROGRAMAS SANTIAGO

Magíster en Derecho Ambiental

CURSOS

Derecho de la Energía y las Aguas
2 de octubre

Nueva Institucionalidad de Derecho
del Consumidor
2 de octubre

Gobierno Corporativo y Compliance
6 de noviembre

PROGRAMAS CONCEPCIÓN

Magíster en Derecho de la Empresa

CURSOS

Derecho Ambiental
29 de septiembre

Globalización, Inversión, Comercio Internacional y su
Impacto en la Empresa
20 de octubre

Empresa y Gestión Ambiental
10 de noviembre

Propiedad Intelectual e Industrial
1 de diciembre