

# REVISTA DEL Abogado

UNA PUBLICACIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE

Nº75 / Mayo 2019

Patricia Muñoz,  
Defensora Nacional de la Niñez

“Ojalá lleguemos al día  
en que ningún niño  
deba ser retirado de  
su casa para ingresar  
a una residencia”

Los peligros del  
activismo judicial

Reforma a Fonasa  
El problema de  
la salud en Chile



COLEGIO DE ABOGADOS

DE CHILE AG

## INFORMATIVO

Como es de su conocimiento, gracias a nuestros asociados que mantienen sus cuotas gremiales al día, el Colegio de Abogados puede realizar diversas actividades de interés profesional, tales como seminarios, charlas, incrementar la Biblioteca de la Orden con nuevas publicaciones y mantener suscripciones al *Diario Oficial*, *Gaceta Jurídica*, *Manual de Consultas Laborales*, *Manual de Consultas Tributarias* y *Estudios Constitucionales*, entre otros.

Las cuotas gremiales pueden ser pagadas a nombre del Colegio de Abogados de Chile, Rut: 82.598.500-K, a través de las siguientes modalidades:

- Mediante transferencia o depósito a la cuenta corriente del Banco SCOTIABANK N°71-07001-02. Una vez realizada la transacción, favor enviar por correo electrónico el comprobante indicando su nombre a:

**[contabilidad@colegioabogados.cl](mailto:contabilidad@colegioabogados.cl) y [recaudacion@colegioabogados.cl](mailto:recaudacion@colegioabogados.cl)**

- Directamente en nuestras oficinas de Ahumada 341, oficina 207, Santiago, de 09:00 a 18:00 horas.
- Mediante Webpay, con tarjeta de crédito o débito, en nuestro sitio web:

**[www.colegioabogados.cl](http://www.colegioabogados.cl)**

Los colegiados que deseen suscribir el pago de las cuotas gremiales a través de su tarjeta de crédito, podrán llenar un mandato y las cuotas les serán cargadas a la tarjeta que indiquen, en los meses de enero y julio de cada año.

Agradeciendo su participación y apoyo en nuestras actividades, le saluda afectuosamente,

**Consejo General**  
**Colegio de Abogados de Chile**



REVISTA DEL ABOGADO M.R.  
N° 75 / MAYO / 2019

**Director**

Héctor Humeres N.

**Comité Editorial**

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

**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.

**Secretaria 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](http://www.abogados.cl)

**4 ACTIVIDAD GREMIAL**  
DECLARACIÓN DEL  
COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE

**5 EDITORIAL**

**6 CONTRAPUNTO**  
¿PUEDEN LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEMANDAR  
AL ESTADO POR TUTELA LABORAL?  
Alejandro Cárcamo Righetti y Cristián Román Cordero

**10 DERECHO CONSTITUCIONAL**  
LOS PELIGROS DEL ACTIVISMO JUDICIAL  
Carlos Peña González

**13 VOLUNTARIADO JURÍDICO**  
ARBITRAJE FORZOSO  
LAS DEUDAS DEL SISTEMA  
Pablo Guerrero Valenzuela

**16 DERECHO PROCESAL CIVIL**  
REFORMA PROCESAL CIVIL  
RENOVADAS EXPECTATIVAS  
José Pedro Silva Prado



**19 REFORMA PREVISIONAL**  
EN BUSCA DE PENSIONES DIGNAS  
Héctor Humeres Noguera

**22 DERECHO PROCESAL CIVIL**  
RESOLUCIÓN ADECUADA  
DE CONFLICTOS JURÍDICOS  
¿LOS ABOGADOS PROPENDEN AL DIÁLOGO?  
María Soledad Lagos Ochoa

**25 DERECHO TRIBUTARIO**  
REFORMA TRIBUTARIA Y NORMAS ANTIABUSO  
¿UN JUEGO DE ABALORIOS?  
Ricardo Escobar Calderón

**28 ENTREVISTA**  
PATRICIA MUÑOZ,  
DEFENSORA NACIONAL DE LA NIÑEZ  
“OJALÁ LLEGUEMOS AL DÍA EN QUE  
NINGÚN NIÑO DEBA SER RETIRADO DE  
SU CASA PARA INGRESAR A UNA RESIDENCIA”  
Héctor Humeres Noguera y Deborah Con Kohan

**33 DERECHO CONSTITUCIONAL**  
POLICIALIZACIÓN DE LAS FUERZAS ARMADAS  
COMO EN LA FÁBULA DE PEDRITO Y EL LOBO  
José Rodríguez Elizondo

**36 DERECHO COMERCIAL**  
LEY DE PAGO OPORTUNO  
PLAZO MÁXIMO DE 30 DÍAS  
PARA IMPEDIR ABUSOS  
Ricardo Reveco Urzúa

**38 CONVERSATORIO ÉTICO**  
LÍMITES EN LA INTERACCIÓN  
CON LA CONTRAPARTE  
Pablo Fuenzalida Cifuentes

**40 DERECHO SANITARIO**  
REFORMA A FONASA  
EL PROBLEMA DE LA SALUD EN CHILE  
Julio Alvear Téllez



**43 DERECHO AMBIENTAL**  
DELITOS AMBIENTALES  
UN PROYECTO DE LEY  
QUE REQUIERE CAMBIOS  
Alejandra Precht Rorris y Paula Vial Reynal

**46 ACTIVIDAD GREMIAL**  
EL COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE  
UN ROL FUNDAMENTAL EN EL  
EQUILIBRIO DE PODERES

**48 ACTIVIDAD GREMIAL**  
ELECCIONES DEL COLEGIO  
DE ABOGADOS DE CHILE

**50 DERECHO CONSTITUCIONAL**  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
ORIGEN, EVOLUCIÓN Y PROYECCIONES  
Enrique Navarro Beltrán

**54 DERECHO E HISTORIA**  
ARTURO PRAT, ABOGADO  
Cristián Araya Escobar

**58 HUMOR**

**63 / 73 / 74 LIBROS**

**62 MÚSICA**

**64 ARTE**

**66 PERPLEJIDADES**

**68 ABOGADO ILUSTRE**

**69 CINE**

**70 FALLOS**





## Declaración del Colegio de Abogados de Chile

El Colegio de Abogados de Chile, en sesión de Consejo de fecha 8 de abril de 2019 acordó, por la unanimidad de los consejeros presentes, señalar que comparte la alarma pública que se ha producido ante los graves hechos que se investigan en Rancagua, respecto de tres ministros de esa Corte, de miembros del Poder Judicial y abogados que ejercen en esa jurisdicción. Con honda preocupación comprobamos que, de confirmarse las acusaciones y denuncias conocidas, resguardando la presunción de inocencia y la garantía del debido proceso, estaríamos ante hechos de inusitada gravedad.

Destacamos positivamente que la Corte Suprema haya reaccionado con prontitud ante esta situación para determinar las responsabilidades de todos los funcionarios y ministros que puedan aparecer involucrados.

Sin embargo, consideramos que los hechos deben ser evaluados a la luz de los desafíos de modernización que afectan al Poder Judicial y que vienen siendo materia del debate público desde hace mucho tiempo. El caso no solo amerita su total esclarecimiento y la aplicación de las sanciones que puedan resultar procedentes, sino que debe motivar una profunda revisión de la carrera judicial, lo que incluye el sistema de nombramientos, calificaciones, capacitaciones y régimen disciplinario de los jueces.

Llamamos, además, a todos los abogados del país a unirse de modo férreo a combatir el abuso y la corrupción y a colaborar con la ministra de la Corte Suprema designada para esclarecer a fondo cualquier irregularidad, cohecho, tráfico de influencias o desviado ejercicio de la función judicial.

Como colaboradores de la administración de justicia, los abogados debemos contribuir lealmente con la judicatura, lo que también supone estar siempre vigilantes frente a cualquier irregularidad o atisbo de corrupción, en cualquiera de sus formas.

El Estado de Derecho tiene como uno de sus pilares esenciales la existencia de un Poder Judicial, conformado por tribunales, que den plenas garantías de imparcialidad e independencia, libres de cualquier influencia indebida.

Para prevenir futuros casos como los investigados en Rancagua, los abogados debemos exigir que el Poder Judicial mejore y haga más expeditos los canales de denuncias, a través de los diversos mecanismos que prevé el ordenamiento jurídico, garantizando siempre la confidencialidad, sin perjuicio de lo cual estimamos que otro canal preferente debe ser considerado por los respectivos colegios de abogados.

Finalmente, hacemos presente que, respecto de los abogados colegiados que resulten involucrados en estos hechos, el Colegio iniciará de oficio el correspondiente proceso ético.

Santiago, 9 de abril de 2019

**Consejo General  
Colegio de Abogados de Chile**

## Algo huele mal...

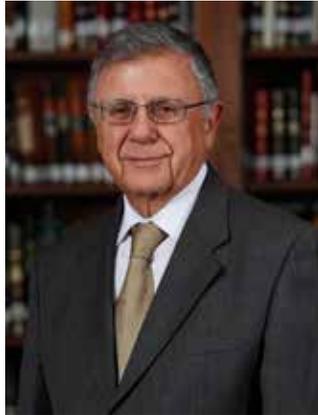
**E**sta conocida frase del drama trágico “Hamlet”, escrito por William Shakespeare en 1601, pareciera cobrar una intensidad inusual en los últimos tiempos en nuestro país; día tras día se conocen nuevas situaciones de corrupción, supuesta prevaricación, tráfico de influencias, pagos de dinero, menosprecio por la responsabilidad y el sentido del cumplimiento del deber, entre muchos otros.

Desgraciadamente el ámbito jurídico no ha podido sustraerse a esta nueva forma de hacer sociedad; el lamentable suceso de una Corte de Apelaciones del país ha constituido la gota que rebalsó el vaso de la paciencia de la ciudadanía. No hay dos opiniones acerca de la gravedad de lo ocurrido; su acaecimiento ha venido a mermar el ya debilitado prestigio del Poder Judicial, horadando la confianza que todo justiciable necesita sentir por este.

No debe olvidarse que la sociedad estima que los jueces son depositarios del conocimiento y ética suficiente para resolver las disputas que los afectan.

Nos parece que dicha circunstancia amerita una profunda revisión de los estándares que se aplican en dicho ámbito, sobre todo en lo que dice relación a la formación y designación de los jueces. Ello debe ser fortalecido mediante la aplicación de la ética a todo nivel y la suficiente transparencia e imparcialidad de dichos procesos; solo de esa forma se podrá recuperar la necesaria sensación de aire limpio, credibilidad y confianza que tanto necesita la ciudadanía.

Nuestro Colegio no podía estar al margen de esta circunstancia, por lo que emitió al respecto una declaración que publicamos *in extenso* en este número.



Buscando profundizar en temas relevantes del acontecer jurídico y de la justicia, este número de nuestra Revista, junto a sus ya tradicionales columnas, se encuentra focalizado en la intención de acercar el conocimiento sobre diversas materias a nuestros colegiados.

En ese sentido contamos en esta edición con artículos sobre nuevos

desafíos en el acceso a la justicia; el activismo de los jueces; el origen y evolución del Tribunal Constitucional en Chile y la ley de delitos medioambientales. También destacamos los interesantes cambios que sustentan diversas reformas, en el ámbito procesal civil, tributario, de seguridad social y de las Pymes, así como la importancia de la mediación y la eventual policialización de las FFAA. Publicamos además una nota con el discurso que el Presidente de la Corte Suprema, don Haroldo Brito, pronunció en la ceremonia de juramento de nuevos profesionales, en el que se refirió a la historia y relevancia del Colegio de Abogados.

Muy especialmente nos permitimos destacar el interesante perfil biográfico de nuestro colega y héroe nacional -de cuya gesta se conmemoran 140 años-, don Arturo Prat Chacón, escrito por el auditor general de la Armada de Chile. Creemos que ello constituye una muestra de reconocimiento a un representante de nuestra profesión, de quien ha de destacarse su sentido de la ética y de cumplimiento del deber. Sus defensas jurídicas avalan dichas características de su desempeño profesional, enriqueciendo la figura del héroe con su experticia en temas legales. 

**Héctor Humeres Noguera**  
Director

## ¿Pueden los empleados públicos demandar al estado por tutela laboral?

Un polémico fallo del Tribunal Constitucional dejó sin poder acceder a esta posibilidad a los trabajadores estatales. La sentencia del 6 de diciembre de 2018 generó un fuerte debate con opiniones encontradas respecto a si este organismo sobrepasó sus atribuciones, o bien actuó conforme a las facultades que la ley le otorga.



**ALEJANDRO CÁRCAMO RIGHETTI**  
*Abogado*

“Me parece que la decisión del tribunal constitucional recaída en la causa rol N°3.853 de modo alguno ha implicado un exceso en el ejercicio de sus facultades”

### **1. ¿Considera que es procedente aplicar derechos que son propios de trabajadores del sector privado al área pública?**

Sí, en la medida que dicha aplicación se encuentre expresamente prevista por el legislador. Lo preocupante es que en la actualidad, y desde ya hace

algunos años, derechos previstos en el Código del Trabajo han comenzado a ser aplicados extensivamente a los funcionarios públicos a través de pronunciamientos judiciales de nuestra Corte Suprema, tendencia expansiva que ha desnaturalizado la regulación de la función pública en Chile.

Específicamente, en cuanto a la acción de tutela de derechos fundamentales, en la actualidad se está intentando solucionar el problema por vía legal -véanse boletines 12364-13 y 12365-13-.

### **2. En caso de estimar que están afectados sus derechos fundamentales, ¿los trabajadores del sector público tienen algún mecanismo legal alternativo al recurso laboral?**

El que los funcionarios públicos sean titulares de derechos fundamentales no implica que necesariamente deban ser cautelados a través de la acción de tutela laboral, la cual, según la historia fidedigna del establecimiento de la ley, jamás se pensó como aplicable al sector público.

Así, nuestro ordenamiento jurídico, tal y como lo advierte el Tribunal Constitucional en las sentencias definitivas pronunciadas en las causas roles N°2.926 y N°3.853, contempla diversos mecanismos que pueden ser utilizados por los funcionarios públicos que estimen vulnerados sus derechos fundamentales por el Estado en el contexto de una relación estatutaria, tales como la acción de protección de garantías constitucionales, la acción de nulidad de

derecho público y los reclamos de ilegalidad ante la Contraloría General de la República previstos en los respectivos Estatutos Administrativos.

**3. Al establecer la Corte Suprema que los trabajadores del sector público tienen derecho a la tutela laboral, basado en la interpretación del artículo 485 del Código del Trabajo, ¿percibe usted que existe una tendencia a la aplicabilidad de todas las instituciones de dicho Código a este sector?**

Sí, ya que el raciocinio, para concluir en la aplicación extensiva de la acción de tutela de derechos fundamentales, parte del análisis del artículo 1° del Código del Trabajo. De este modo, la Corte Suprema constata que no existe en los cuerpos legales estatutarios una acción similar a la acción de tutela de derechos fundamentales prevista en el Código del Trabajo y sostiene que ella no sería contraria a la regulación especial. No obstante, con ese criterio no solo se hace aplicable la acción de tutela de derechos fundamentales, sino además todas las normas que regulan a los tribunales del trabajo.

Con la tesis anteriormente resumida, y a partir de la argumentación que la justifica, se reconoce competencia a los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer y resolver todo tipo de conflicto que se suscite en la “relación laboral” por aplicación de las “normas laborales” entre el Estado y su personal, ya que nuestra Corte Suprema no parece ver obstáculo alguno en que sean los tribunales laborales los que conozcan de acciones judiciales ejercidas por funcionarios públicos contempladas en el Código del Trabajo.

Es decir, el criterio que se viene comentando no considera que en estos casos no se trata de hacer efectiva una o más normas del Código del Trabajo en defecto de las disposiciones estatutarias especiales a que se encuentran sometidos los funcionarios públicos -supletoriedad-, sino de encuadrar la situación de los mismos en toda la normativa que contiene dicho cuerpo legal, lo que contraría la regla del mismo artículo 1° del Código del Trabajo.

**4.- De generalizarse la extensión señalada ¿representaría esto un gasto fiscal de importancia?**

Así es, pero claramente es un factor o consecuencia no ponderado por nuestra Corte Suprema. En el ámbito de la Administración del Estado -derecho administrativo- rige el principio de legalidad del gasto público, lo que se traduce en que todo desembolso patrimonial de un organismo de la Administración Pública debe encontrarse previamente autorizado por el legislador.

Dicho lo anterior, me parece evidente que la aplicación extensiva e indiscriminada de las normas del Código del Trabajo al sector público puede llegar a representar un gasto fiscal de importancia, en la medida de que se masifiquen las acciones judiciales deducidas por los funcionarios públicos ante los Juzgados de Letras del Trabajo, que es lo que progresivamente ha acontecido en los últimos años.

**5.- Al acoger el Tribunal Constitucional en diciembre de 2018 un requerimiento de inaplicabilidad respecto de un recurso sobre esta materia, ¿excedió sus facultades o realizó una interpretación abusiva?**

La doctrina está bastante dividida respecto a este punto. En lo personal, me parece que la decisión del Tribunal Constitucional recaída en la causa rol N°3.853, de modo alguno ha implicado un exceso en el ejercicio de sus facultades, ni tampoco me parece que pueda ser tachada de una interpretación abusiva.

Cabe señalar que ya con anterioridad, en la causa rol N°2.926 -pese a que en aquella oportunidad el requerimiento de inaplicabilidad fue rechazado-, nuestro Tribunal Constitucional, de manera unánime, había proporcionado contundentes argumentos para descartar la aplicación de la acción de tutela de derechos fundamentales en el sector público. No obstante, nada de ello fue considerado en la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema, la cual mantuvo su tendencia expansiva.

Así, no me parece que el Tribunal Constitucional haya excedido sus facultades constitucionales al re-

resolver acogiendo el requerimiento de inaplicabilidad deducido, ya que no comparto el criterio de que la problemática planteada ante la judicatura constitucional en la causa rol N°3.853 haya sido un tema de exclusiva interpretación legal que debía ser resuelta por los tribunales de justicia, considerando inidóneo el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o la referencia al principio de juridicidad y

de supremacía constitucional como normas supra legales infringidas.

Por otro lado, en mi opinión, desde el punto de vista constitucional, la interpretación realizada por la Justicia Constitucional en la causa rol N°3.853 -y con anterioridad, en la sentencia definitiva de la causa rol N°2.926- es acertada, habiendo simplemente ejercido una atribución que le es propia.✎



## CRISTIÁN ROMÁN CORDERO

Abogado

“El TC, a través de su sentencia N° 3.853, excedió su atribución para resolver sobre la inaplicabilidad de un precepto legal”

### 1. ¿Considera que es procedente aplicar derechos que son propios de trabajadores del sector privado al área pública?

Así lo ha establecido la ley. Expresamente, respecto de institutos específicos (por ejemplo, normas de protección a la maternidad, art. 89, i. 2°, del EA) y del personal de algunos órganos de la Administración, como el Consejo para la Transparencia -art. 43 de la Ley N°20.285-. E implícitamente, al conferirle al Código del Trabajo, respecto de los funcionarios públicos, el carácter de supletorio, “en los aspectos o materias

no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”, conforme a lo previsto en su art. 2°, inciso 3°.

Con todo, ello parece hoy un imperativo, a la luz de la igualdad ante la ley, en el entendido que los trabajadores son tales, cualquiera sea su empleador, razón por la cual debieran regirse por un mismo régimen jurídico, o en caso de optarse por la existencia de regímenes distintos, estos no debieran presentar diferencias sustantivas.

### 2.- En caso de estimar que están afectados sus derechos fundamentales, ¿los trabajadores del sector público tienen algún mecanismo legal alternativo al recurso laboral?

Sí, lo tienen: el recurso de protección (art. 20 de la CPR). Y a él puede agregarse el reclamo de legalidad al que se refiere el art. 160 del EA, del que conoce la CGR, pues, conforme ha precisado en su dictamen N°3.825-19 (que reitera el N°5.260-15), ella “posee competencia para conocer y resolver de aquellos requerimientos de los servidores públicos por vulneración de lo que el Código del Trabajo considera sus derechos fundamentales”.

Con todo, ambos mecanismos, a diferencia de la tutela de derechos fundamentales de los trabajadores (art. 485 y ss del Código del Trabajo), no permiten condenar al pago de indemnizaciones.

### 3.- Al establecer la Corte Suprema que los trabajadores del sector público tienen derecho a la tutela laboral, basado en la interpretación del artículo 485 del Código del Trabajo, ¿percibe usted que existe una tendencia a la aplicabilidad de todas las instituciones de dicho Código a este sector?

Esa tendencia existe, aunque no con un alcance tan amplio como el referido, y se ha venido en denominar laboralización de la función pública. Ella tiene lugar a través de la ley y de la jurisprudencia (a partir del art. 1º, i. 3º, del Código del Trabajo). Esta última forma se constata muy especialmente respecto de servidores públicos a contrata y a honorarios que, hallándose aparentemente en tales categorías, exceden lo previsto al efecto por el EA (arts. 10 y 11).

Cabe observar que este fenómeno no es extraño en el derecho comparado. Se aprecia incluso en países caracterizados por un régimen cerrado de la función pública, como Francia. Con todo, este tiende a presentarse en forma inorgánica, de suerte tal que es preciso que el legislador lo encauce, tal como, en su momento, aconteció en Italia.

#### **4.- De generalizarse la extensión señalada ¿representaría esto un gasto fiscal de importancia?**

Claramente. Por ejemplo, por las indemnizaciones que se deriven de las tutelas de derechos fundamentales de los trabajadores acogidas, indemnizaciones por años de servicio, etc.

Pero el Estado no puede sino que ser un buen empleador. Debe dar el ejemplo. Y esto tiene mucha relevancia, pues cualquier régimen protector que el Estado pretenda respecto de los trabajadores -y su Administración, por ejemplo, a través de la Dirección del Trabajo-, pierde fuerza ante los empleadores si estos advierten que ni aun aquel lo observa.

#### **5.- Al acoger el Tribunal Constitucional en diciembre de 2018 un requerimiento de inaplicabilidad respecto de un recurso sobre esta materia, ¿excedió sus facultades o realizó una interpretación abusiva?**

A mi juicio, el TC, a través de su sentencia N° 3.853, excedió su atribución para resolver sobre la inaplicabilidad de un precepto legal (art. 93, N° 6, de la CPR).

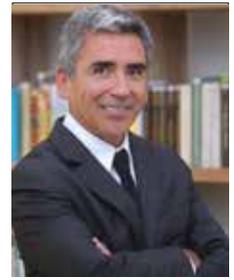
En efecto, teniendo presente que la gestión pendiente invocada fue un recurso de unificación de jurisprudencia (CS N°37.905-17), cabe observar: (a) Que dicho recurso (art. 483 y ss del Código del Trabajo), mediante el cual la CS resuelve en función de las interpretaciones contradictorias de la ley laboral sostenidas en una o más sentencias firmes emana-

das de tribunales superiores (o sea, se pronuncia sobre un conflicto de legalidad abstracto), al carecer de caso concreto, no puede ser gestión pendiente para la interposición del requerimiento de inaplicabilidad, ya que este es un control de constitucionalidad represivo y concreto de la ley.

(b) A mayor abundamiento, en el específico recurso de unificación de jurisprudencia, las interpretaciones sobre las cuales la CS debe resolver -aún no se ha fallado- son dos: los funcionarios públicos “sí” pueden o “no” deducir tutela de derechos fundamentales de los trabajadores. La primera de ellas -opción “sí”- se funda precisamente en los preceptos legales inaplicados por el TC. Por ello, tales preceptos han sido excluidos del plexo normativo conforme al cual la CS deberá resolver, razón por la cual, a *prima facie*, esta debería hacerlo por la opción “no”.

De este modo, el TC, mediante esta sentencia, resolvería el conflicto de fondo -que es un problema de mera legalidad, ajeno a sus atribuciones-, invadiría las competencias de la CS y forzaría el quiebre de la línea jurisprudencial de esta última -opción “sí”-, asentada desde 2014 a través de sentencias dictadas en sede de unificación de jurisprudencia (CS N°10.972-13, N°24.388-14, N°36.491-15 y N°52.918-16). Así el recurso de inaplicabilidad resultaría desnaturalizado, y se constituiría, en los hechos, en una suerte de recurso de des-unificación de jurisprudencia.

Con todo, hay posibles soluciones: (a) Que la CS, en el recurso de unificación de jurisprudencia que sirvió de gestión pendiente, siguiendo su línea jurisprudencial -opción “sí”-, dicte sentencia, fundada en preceptos legales distintos a los que fueron inaplicados por esta sentencia del TC y/o en principios generales del derecho (ej., los de igualdad y seguridad jurídica), y especialmente del derecho del trabajo (por ejemplo, el *in dubio pro operario*); y (b) Que se acoja el recurso de protección que una asociación de funcionarios dedujo en contra de esta sentencia del TC (CA de Stgo. N°566-19), mismo que se encuentra actualmente en tramitación y que la CS estimó admisible, pues en él “se han mencionado hechos que eventualmente puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República” (CS N°2.800-19). ~~17~~



## Los peligros del activismo judicial

Algunas decisiones de la Corte Suprema parecen animadas por el propósito de corregir -sobre la base de consideraciones de justicia material- el alcance del derecho vigente. Se trata de una actitud incorrecta que, si se generalizara, deterioraría el valor de las reglas.



Uno de los rasgos que se advierte en la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema lo constituye el activismo judicial, es decir, la convicción de que los jueces deben ir por delante de la ley proveyendo soluciones allí donde esta última calla o donde las que provee les parecen a los jueces insuficientes o injustas.

Para mostrar la persistencia de ese rasgo, bastaría citar las decisiones de la Corte en cuestiones de políticas públicas de salud, algunas medioambientales u otras relativas al control constitucional.

¿Es correcta esa actitud de los jueces o hay razones para corregirla?

Se trata de una actitud incorrecta que, si se generaliza, amenaza el valor de las reglas.

### La sociedad es un sistema de reglas

Bien mirada, una sociedad no es más que un sistema de reglas que establecen los límites de la interacción social y a la vez configuran las bases de la cooperación (fue lo que subrayó Kant cuando dijo que el principio del derecho consistía en hacer posible la igual libertad de todos). Para cumplir esas importantes funciones, las reglas deben existir *ex ante* el comportamiento que regulan y no establecerse de manera sorpresiva. Cuando ocurre esto último, los actores en la vida social no saben a qué atenerse y entonces o toman resguardos excesivos a la hora de interactuar o se inhiben de cooperar entre sí.

Como lo muestra una abundante literatura (desde Durkheim o Weber hasta Luhmann y entre nosotros

Millas) una de las características de las sociedades modernas, y que explica el bienestar que alcanzan, es que lograron proveerse de los mecanismos institucionales para que las reglas cumplieran esas funciones que aumentan la previsión en la vida social. Entre esos mecanismos hay dos que poseen la máxima importancia. Uno de ellos es el surgimiento de la dogmática jurídica, el otro es la aparición de jueces profesionales.

Examinar ambos ayuda a entender por qué el activismo judicial deteriora el valor de las reglas.

### Las reglas y la doctrina

A menudo se presenta a la dogmática jurídica como una disciplina que enseña, sin más, apegar-se a las reglas en una especie de tosco positivismo. Esa forma de concebirla es, sin embargo, un error. La dogmática jurídica es una técnica que permite hacer decir a las reglas más cosas de las que aparentemente ellas dicen. Por eso Niklas Luhmann (quien ha escrito uno de los textos más agudos sobre este problema) señala que la dogmática “aumenta la libertad en el trato con los textos”. Para alcanzar ese objetivo sin introducir incertidumbre en la vida social, la dogmática estabiliza, por decirlo así, la interpretación posible de las reglas. En suma, si bien la dogmática enseña a apartarse de la literalidad de las reglas (única forma que las reglas absorban la complejidad de la vida social), establece al mismo tiempo patrones interpretativos que las estabilizan.

Cuando Fabres en el diecinueve o Claro Solar o Alessandri en el veinte escribían sus textos, esos textos que hoy nos parecen inverosímiles por la erudición y la agudeza que exhiben, no estaban ape-gándose al Código Civil, sino que en alguna medida estaban preparando un sedimento de conceptos, reflexiones, criterios y dudas que permitirían al texto redactado por Andrés Bello decir más cosas de las que en apariencia contenía. Y si bien al llevar-lo a cabo hacían también contingente al Código, a cambio estaban constituyendo una disciplina, la del derecho civil, que con sus conceptos, criterios, reflexiones y dudas contribuyó a racionalizar la vida social, haciéndola a la vez flexible: entregada a la

autonomía de los individuos, y sin embargo predecible, susceptible de planificación. Y lo que se dice del derecho civil, con las figuras de Alessandri o Fabres, puede decirse también del derecho público con Jorge Huneuus en el diecinueve o Silva Bascuñán en el veinte.

Por eso una decisión jurídica bien fundada exige justificarse al interior de un amplio cuerpo de doctrina. Y es que las reglas son un texto de autoridad cuyo significado se obtiene mediante una técnica contenida en la tradición dogmática de la que no es posible, sin sacrificar importantes bienes como la seguridad, apartarse sin más. Este rasgo del derecho impone significativos gravámenes intelectuales a los jueces y a los juristas que sugieran apartarse de las soluciones admitidas por la tradición. Para estar a la altura de ese gravamen no basta con invocar un vago sentimiento acerca de lo que es materialmente justo en cada caso.

Pero, como dije anteriormente, no es solo la dogmática la que configura el derecho de las sociedades modernas: también está la profesionalización del papel de los jueces.

### Los jueces profesionales

El otro rasgo del derecho moderno está constituido por la aparición de un cuerpo de jueces profesionales a cuyo cargo está la aplicación y la custodia de las reglas.

Una profesión es un quehacer que se ejecuta en base a roles previamente definidos y supone el manejo de una técnica certificada y un conjunto de valores que se promueven cuando se la ejercita. En el caso de la profesión de juez, la técnica es la dogmática y los valores son el apego al derecho y la independencia e imparcialidad a la hora de administrarlo.

Max Weber, en su monumental *Economía y sociedad*, emplea, para mostrar la aparición de ese cuerpo profesional, una comparación con la justicia del

El activismo judicial implica la convicción de que los jueces deben ir por delante de la ley proveyendo soluciones allí donde esta última calla o donde las que provee les parecen a los jueces insuficientes o injustas.

Cadé. Weber utiliza la figura del Cadé como el tipo ideal de un derecho administrado en base a principios de justicia material que radican en la subjetividad del juez. El tipo ideal del Cadé es exactamente opuesto al del juez profesional de las sociedades modernas. Este último en vez de resolver los casos que ante él comparecen en base a su particular intuición de la justicia material, lo hace sobre la base de las reglas y las soluciones que es posible obtener a partir de ellas mediante la técnica de la dogmática. Mientras el tipo ideal del Cadé supone el despliegue de la subjetividad (en su caso mediada religiosamente), el tipo del juez

profesional supone en cambio una represión de la subjetividad a favor de las reglas. Por eso Weber, en uno de sus giros favoritos, tomado de Tácito, caracteriza el quehacer profesional del funcionario como una labor *sine ira et studio*.

El juez Holmes (Oliver Wendell Holmes Jr.) es, quizá, quien mejor representa esta distancia entre las convicciones privadas y los deberes públicos, entre la subjetividad y las reglas. “Ha sido un gran placer para mí -dijo alguna vez- sostener la constitucionalidad de leyes que considero ma-

las por completo, porque de esa manera he ayudado a marcar la diferencia entre lo que yo prohibiría y lo que permite la Constitución”.

### Las amenazas a las reglas

A menudo pensamos que las amenazas a las reglas provienen de la torpeza, la ignorancia o la leñidad de quienes las producen. Pero también las reglas se ven amenazadas cuando quienes las administran echan mano a los sentimientos de justicia material para terminar apartándose de ellas.

Cuando ello ocurre, cuando el jurista piensa que su tarea es la satisfacción de la justicia material -y echando mano a ella se las ingenia para apartarse de las reglas- la dogmática y las importantes funciones que, hemos visto, ella cumple en la vida social comienzan fácilmente a disolverse. El precio que

las sociedades pagan cuando la dogmática deja de cumplir sus funciones es el aumento de la contingencia; es la politización de la justicia, la entrada al trabajo del jurista de la *public policy*, de los intereses o de las consecuencias.

En ello, por supuesto, no solo tienen responsabilidad los jueces, sino también los juristas y los profesores de derecho que enseñan, con algo de apresuramiento, que la mejor manera de interpretar el derecho consiste en recurrir a una jurisprudencia de valores o de bienes finales o al análisis económico de las reglas. Ambos puntos de vista acaban deteriorando las reglas y para advertirlo bastan un par de sencillos ejemplos.

Uno de ellos, quizá el más alarmante, lo constituye lo que es conocido como eficacia directa de los derechos fundamentales. Cuando ello ocurre y los derechos fundamentales (y el texto constitucional) se esgrimen como una razón final entre particulares o contra el Estado, el derecho legislado (el derecho civil o administrativo y la trabajosa doctrina que lo configura) se hacen irrelevantes, porque si el derecho fundamental, en vez de ser un mandato de ponderación, se concibe como un bien que debe conferirse a ultranza ¿qué razón podría derrotarlo? Algo de esto se ha visto en la práctica jurisprudencial chilena en los casos en que el derecho a la vida se ha empleado para incidir judicialmente en la configuración de políticas públicas de salud.

El otro ejemplo, igualmente alarmante, lo constituye un criterio interpretativo que, disfrazado de análisis económico, aconseja a la hora de interpretar la ley preferir la solución que más contribuya al bienestar agregado de la sociedad. Se trata de otro error en el que a veces se incurre y que sustituye la justicia correctiva que es propia del derecho, por criterios gruesos de bienestar social.

### Un desafío de todos

Si, como vengo diciendo, el activismo judicial es un deterioro de las reglas y del propio derecho, entonces detenerlo o contribuir a evitarlo es una tarea de los abogados, de los propios jueces y especialmente de las escuelas de derecho. A fin de cuentas, qué derecho tenemos es un asunto que todas esas profesiones, en su quehacer cotidiano, ayudan a responder. 

El precio que las sociedades pagan cuando la dogmática deja de cumplir sus funciones es el aumento de la contingencia; es la politización de la justicia, la entrada al trabajo del jurista de la *public policy*, de los intereses o de las consecuencias.



## Arbitraje forzoso Las deudas del sistema



La inaccesibilidad a este mecanismo impacta en los niveles de pobreza, por lo que facilitar los caminos para que sea gratuito es una deuda pendiente con el fin de permitir un acceso efectivo a la justicia. Pero solo hay centros de Mediación y Arbitraje en Santiago y Rancagua y las clínicas jurídicas e instituciones pro bono tampoco han podido expandirse a otras regiones, dejando excluida a una parte importante de la población.

**M**arta (54) es madre soltera y ejerce como cosmetóloga en una peluquería de Puente Alto. Su mamá, viuda y residente en esa comuna, falleció dejando una propiedad avaluada en \$40 millones. No pasó mucho tiempo hasta que los cuatro hijos comenzaron a discutir sobre el destino de la propiedad. Dos de ellos abogaban por arrendarla, otro por ocuparla y Marta proponía venderla para así repartirse el precio y, en su caso, poder inscribir a su hija en la universidad. Tras un año intentando ponerse de acuerdo, decidió acudir a la Corporación de Asistencia Judicial para lograr una partición, el único organismo público que atiende esta necesidad. Allí se enteró de que el proceso de designación de árbitro partidario ante los tribunales civiles podría tomar hasta un año y medio, requeriría el patrocinio de un abogado y en el proceso de partición, que podría tomar hasta dos años, ella y sus hermanos tendrían que pagar honorarios profesionales al árbitro. Así, pese a la urgencia de generar liquidez, con sus ingresos mensuales de solo \$300 mil, la solución legal le resulta impensada y poco efectiva para el proyecto familiar de enviar a su hija a la educación superior, por lo que termina desechando esta posibilidad y la de vender la propiedad.

Su caso es uno más de los miles que viven personas de escasos recursos, quienes por los costos que implica la justicia arbitral no pueden optar a este mecanismo de resolución de conflictos, y el que por su carácter obligatorio las deja en absoluta indefensión. Si bien el arbitraje forzoso surge como una forma de abordar expeditamente situaciones que en la justicia ordinaria se podrían eternizar, su diseño ha generado un problema grave de acceso a la justicia, así como una masa crítica de personas cuyas necesidades han quedado a la deriva al verse obligadas a abandonar el arbitraje a mitad de camino por la imposibilidad de pagar, o simplemente resignarse a no poder comenzarlo. De este modo se ha ido generando un desencuentro entre la legislación y la realidad, con consecuencias que aún no podemos dimensionar y que vale la pena revisar desde algunas falencias socio-jurídicas.

Si bien el arbitraje forzoso surge como una forma de abordar expeditamente situaciones que en la justicia ordinaria se podrían eternizar, su diseño ha generado un problema grave de acceso a la justicia.

La más prevalecte de ellas es la colisión del sistema con el ejercicio de las garantías fundamentales de acceso a la justicia, afectándose los principios de libertad, igualdad y tutela judicial efectiva. Que la resolución de casos tan recurrentes en la población como la participación de bienes heredados y liquidaciones de comunidades quedadas frente a la disolución de una sociedad conyugal sea poco accesible, debilita el poder y a la vez la obligación indelegable que tiene el Estado de asegurar el derecho de acceso a

sus órganos jurisdiccionales y a la prestación que ellos entregan. En esa línea, se descuadra además de las obligaciones que imponen a los Estados los organismos internacionales en derechos humanos y justicia. Tal como señala la Corte Interamericana de DDHH, cuando hay imposibilidad de que las personas puedan recurrir a la protección de los órganos jurisdiccionales para ejercer los derechos que la Convención les garantiza por su situación económica, estamos ante un escenario de discriminación y desigualdad ante la ley.

En este contexto, para aportar al fortalecimiento del sistema y a los procesos de modernización del mismo, en el 2008, de forma pionera, en Fundación Pro Bono nos aliamos con la Universidad Diego Portales, el Centro Nacional de Arbitraje y la Corporación de Asistencia Judicial para crear un Programa de Arbitraje Pro Bono. Esta unión entre sector público, academia y sociedad civil ha permitido que ex alumnos de dicha casa de estudios, en conjunto con abogados pro bono, generen una red de 60 jueces árbitros, asumiendo al 2018 más de 80 casos, 46 de ellos ya finalizados. Así se ha ampliado el acceso de personas vulnerables a un servicio que a nivel estatal solo es gratuito a través de los Centros de Mediación y Arbitraje de la Corporación de Asistencia Judicial. Y aquí surge un nuevo obstáculo en el sistema: la brecha territorial. Los Centros de Mediación y Arbitraje están presentes solo en Santiago y, desde 2016, en Rancagua. Las clínicas jurídicas e instituciones pro bono tampoco han podido expandirse a otras regiones, dejando así excluida a una parte importante de la población.

El caso de Ana así lo demuestra. Con casi 82 años,

lleva cinco intentando realizar la partición de una comunidad compartida con sus hermanos, quienes viven en Concepción, lo que ha dilatado todo el proceso. Solo entre la realización de la posesión efectiva testada y el inicio de juicio de designación de árbitro, el que ha implicado el envío de múltiples exhortos a esa ciudad, han pasado más



de cinco años. Todo ello sin contar los otros dos que probablemente tomará el proceso de partición.

El arbitraje requiere de revisiones y mejoras que consideren en su diseño la realidad que viven millones de chilenos, y si bien perfeccionarlo es viable, solo será posible cuando contemos con data sistematizada que nos permita diagnosticar el funcionamiento histórico y el estado actual de las necesidades de partición y del sistema de arbitraje. Hoy no tenemos datos públicos ni integrados entre los distintos actores del sistema, por lo cual desconocemos la cantidad total de requirentes de arbitraje, de tramitación de causas y de finalización de estas, al igual que del total de personas en comunidad de bienes.

Esclareciendo esa área gris e intercambiando la experiencia acumulada, podremos caracterizar la actual situación de indefensión y profundizar en soluciones que vayan rellenando este socavón jurídico. Las políticas públicas deben dar respuestas eficaces a las necesidades más básicas de las personas, garantizando el acceso a la justicia y las posibilidades de desarrollo de las futuras generaciones en el verdadero ejercicio de sus derechos. Los problemas que se generan de una comunidad hereditaria que por años es indivisible o por una sociedad conyugal irresoluta, no solo perjudican a las partes en cuestión sino también a sus descendientes, acrecentando los círculos de pobreza, como en el caso de Marta.

### **Desregulación de los honorarios de los árbitros**

La revisión del sistema también amerita fortalecer el acceso a la información en torno al arbitraje. Al recurrente desconocimiento que tiene la población sobre las tramitaciones legales, como el caso de la posesión efectiva, se suma el escaso uso de herramientas masivas de comunicación para difundir la existencia y beneficios de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, así como de la existencia de organismos públicos y privados que brindan este servicio de forma gratuita. De allí se explica que la creencia popular sea que todos los conflictos deben resolverse por los tribunales ordinarios.

Mejorar el acceso a la información permitiría construir demanda, crear exigencia ciudadana y fortalecer el sistema, abordando otro factor crítico del mismo y que amerita un debate de carácter jurídico



y ético: la desregulación de los honorarios de los árbitros. Conocido es el cobro excesivo de árbitros sobre el valor de las comunidades en cuestión, que puede rondar el 10% de las mismas, y de otros que incluso se contabilizan como un heredero más al finalizar el proceso de partición, práctica que especialmente en contextos de vulnerabilidad roza en el abuso. Por otra parte, si nos ponemos en el caso de una familia cuyo patrimonio a repartir es de muy bajo costo ¿qué incentivo tiene un árbitro para asumir la causa? No obviemos lo desgastante y demandante que puede ser un proceso extenso como este, en el que normalmente hay una alta cantidad de comuneros en discordia.

La inaccesibilidad al arbitraje impacta en los niveles de pobreza y lo vemos diariamente en quienes llegan a las oficinas de Fundación Pro Bono. Las personas de escasos recursos, quienes más necesitan liquidez inmediata, son las más expuestas a aumentar o mantenerse en su condición de vulnerabilidad cuando se marginan o se obstaculizan de los procesos de partición por sus altos costos. No poder dividir una comunidad hereditaria o liquidar una sociedad conyugal determina su posibilidad de inscribir o no a un hijo en la universidad; pagar deudas o postular a un subsidio, por lo que facilitar los caminos al arbitraje gratuito es hoy una deuda pendiente ante una necesidad social aún no dimensionada, pero vital para hablar de acceso efectivo a la justicia. 🏠

Si nos ponemos en el caso de una familia cuyo patrimonio a repartir es de muy bajo costo ¿qué incentivo tiene un árbitro para asumir la causa?



# Reforma Procesal Civil

## Renovadas expectativas

El tiempo que se ha tardado en sacar adelante esta reforma no debe dar espacio al desánimo, sino todo lo contrario. El proyecto plantea cuestiones de alta complejidad que no se agotan con la dictación de un nuevo Código Procesal acorde con las necesidades del siglo XXI. Se requiere de un nuevo modelo orgánico, proyectos de ley complementarios, normas adecuatorias y decisiones relevantes en múltiples materias, con el fin de permitir el acceso a una mejor justicia.



**H**an transcurrido casi catorce años desde que las facultades de Derecho de las Universidades Católica de Chile y de Chile, en una iniciativa simultánea, relevaron ante la comunidad jurídica nacional la necesidad de llevar a cabo una reforma radical a nuestra justicia civil, habida cuenta de las transformaciones ya operadas a esa fecha en los ámbitos penal, laboral y de familia. Resultaba un contrasentido que el ordenamiento procesal civil, general y supletorio de los demás órdenes procesales, hubiera sido relegado a un pretérito lugar, generando una tensión insoluble con los principios y estructuras de los procedimientos reformados.

La necesidad surgía desde muchos puntos de vista, pues la obsolescencia del sistema procesal civil basado en el texto matriz del Código de Procedimiento Civil de 1903, con procedimientos escritos, desconcentrados, sin intermediación y con fuertes rigideces probatorias entre otros males, era y sigue siendo difícil de sostener, en un mundo en que los avances de la ciencia procesal, y con ello de los derechos de los justiciables de acceso a una mejor justicia, ya habían sido recepcionados en casi todos los países de Iberoamérica.

A partir del Código Modelo elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal hace casi 30 años, incorporando procedimientos por audien-

cias, una estructura basada en principios procesales y con una ordenada y coherente reglamentación de los derechos y actuaciones procesales, se sucedieron múltiples iniciativas legislativas en modernos códigos, entre los que destacan, desde luego, los de Uruguay (1989), España con su LEC 1/2000, Perú (2003), Argentina (2006), Colombia (2012), Bolivia (2013) y Ecuador y Brasil en 2015.

Chile, en cambio, parecía no atender a estos cambios, permaneciendo anclado en su viejo Código de 1903, que en realidad era expresivo de la mirada esencialmente procedimentalista (mecanicista) propia de la segunda mitad del siglo XIX, superada por una realidad política, social y económica que requería y requiere de nuevas técnicas procesales basadas en una concepción profunda y sistemática de los derechos humanos, de la necesidad de acceso real a una justicia oportuna y de calidad, que atienda a una litigación de masas muy diferente a la litigación limitada y elitista de aquella época; en fin, de sinnúmeros avances procesales que dignifican a la persona humana y que sitúan al Estado a su servicio.

Desde el surgimiento de esta iniciativa reformadora, se han sucedido cuatro gobiernos que han manifestado estar dispuestos a asumir este desafío, casi una decena de ministros de Justicia corroborando este propósito, múltiples y diversas instancias de trabajo como el Foro Procesal Civil (2005-2009), y distintas comisiones con participación del Poder Judicial, las universidades y colegios de abogados, socializándose este proceso con la comunidad jurídica a través de numerosos seminarios, charlas y coloquios. Adicionalmente se cuenta con más de 26 estudios licitados por el Ministerio de Justicia sobre temas relacionados con la Reforma.

Fruto de este trabajo se elaboró un segundo Proyecto de Código Procesal Civil (Boletín N°8197), que ingresó a tramitación legislativa en marzo de 2012 y culminó su aprobación por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, quedando suspendida su tramitación en el segundo trámite constitucional. La Cámara excluyó de su aprobación básicamente el Recurso Extraordinario sustitutivo de la Casación y los procedimientos ejecutivos, estimando que la figura del Oficial de Ejecución (propuesta a base de la exitosa experiencia europea) y dicho recurso requerían de una nueva formulación.

El Senado, por su parte, manifestó la necesidad de que previo a continuar la tramitación del Proyecto de Código, se contara con la estructura orgánica que le daría sustento, así como se relevaran los costos de la reforma, cuestiones ambas difícilmente reprochables, aun y cuando la idea del ejecutivo de la época era avanzar en paralelo en esas cuestiones.

### **Más sentido social**

Las actuales autoridades, lideradas por el ministro de Justicia, Hernán Larraín, han manifestado que dentro de las políticas públicas prioritarias para el sector justicia está la de dar impulso y sacar adelante esta reforma, compromiso asumido por lo demás desde el Programa de Gobierno ofrecido al país, aspirando que ella se haga realidad hacia fines de este periodo presidencial y se aplique de manera progresiva, en un proceso que ciertamente deberá concluirse en gobiernos sucesivos.

El tiempo que se ha tardado en sacar adelante esta reforma no debe dar espacio al desánimo, sino todo lo contrario. El Proyecto de Reforma a la Justicia Civil plantea cuestiones de alta complejidad que no se agotan en la dictación de un Código Procesal acorde con las necesidades del siglo XXI, sino que requiere de un nuevo modelo orgánico que le dé sustento; proyectos de ley complementarios; normas adecuatorias y decisiones relevantes en materia de número de jueces y funcionarios y su capacitación; nueva infraestructura; racionalización de los servicios; cobertura territorial; y estudios de costos y rentabilidad social que legitimen y justifiquen objetivamente esta iniciativa.

Para todo lo anterior el tiempo ha sido un aliado, pues se ha logrado trabajar profundizando varios aspectos relevantes. Desde luego, se ha profundizado el sentido social de la reforma, entendiendo que, si su propósito es estar al servicio de los ciudadanos, resulta indispensable fortalecer el acceso a la justicia de sectores sociales para los que la justicia civil representa un bien de difícil acceso. De esta forma

Resultaba un contrasentido que el ordenamiento procesal civil, general y supletorio de los demás órdenes procesales, hubiera sido relegado a un pretérito lugar, generando una tensión insoluble con los principios y estructuras de los procedimientos reformados.

se han introducido indicaciones con procedimientos simplificados que permitan resolver los conflictos vecinales, comunitarios y de pequeñas cuantías que agobian a parte importante de nuestros ciudadanos



Se ha profundizado el sentido social de la reforma, entendiendo que, si su propósito es estar al servicio de los ciudadanos, resulta indispensable fortalecer el acceso a la justicia de sectores sociales para los que la justicia civil representa un bien de difícil acceso.

de menores recursos. Se ha introducido la mediación como una forma alternativa de respuesta del sistema judicial para resolver conflictos jurídicos sobre la base del consenso, la armonía y la contribución a la paz social, que representan mecanismos enfocados en dar sustentabilidad a las relaciones de largo plazo entre los justiciables.

Asimismo, y dentro de los aspectos funcionales, se han redactado indicaciones que se hacen cargo del sistema de ejecución civil y del recurso de casación, cuyas propuestas originales no suscitaban acuerdo en la Cámara de Diputados. En relación con la ejecución se opta por su mantención dentro del tribunal civil, pero separando -como era el propósito original- las funciones administrativas de las propiamente jurisdiccionales. Se crea una Unidad Administrativa especializada a cargo de la ejecución, de suerte que el título se ingresa y discierne en esa sede, fortaleciendo su carácter presuncionalmente in-

dubitado, de manera que sea el deudor quien deba demandar de oposición a su acreedor sobre la base de ciertos motivos taxativos. En tal caso interviene la jurisdicción, así como en todos los demás actos del procedimiento que supongan un conflicto o la afectación de los derechos de las partes o de terceros.

En materia de ejecución también se introduce fuertemente la tecnología, creando un sistema de subasta electrónica a nivel nacional para los bienes raíces y a nivel local para los bienes muebles a cargo de martilleros públicos. En esa dirección se contemplan sistemas de embargo electrónico de bienes afectos a registros públicos, así como de dineros en

cuentas corrientes, acciones y valores, todo ello por conducto y con la colaboración de los respectivos órganos fiscalizadores.

En relación con el Recurso Extraordinario que planteaba el proyecto original, esencialmente centrado en la generación de precedentes a partir de un sistema de filtros positivos, como en el certiorari, conforme al cual la propia Corte Suprema seleccionarían los casos sujetos a su revisión, se vuelve al recurso de casación con filtros negativos, fusionando en un solo instrumento -como también se hace en sede de apelación- los motivos *in iudicando* de los *in procedendo*. Especiales resguardos se adoptan para dar estabilidad y coherencia a la doctrina jurisprudencial de dicha alta magistratura, armonizando los fines privados -*ius litigatoris*- de los públicos -*ius consitutionis*- por la vía de elevar los *quórum*s para modificar la doctrina jurisprudencial, controlar el respeto a esta última en sede de admisibilidad y potenciar una supra doctrina generada por el Pleno a base de causas que por su naturaleza o circunstancias deban ser conocidas por esa instancia, única que a futuro podría cambiar de manera fundada sus propios precedentes.

Desde el punto de vista orgánico, los futuros tribunales civiles se organizarán, al igual que en los sectores reformados, como órganos de composición múltiple, pero de ejercicio jurisdiccional individual, apoyados por unidades administrativas. Destaca entre estas últimas la incorporación de nuevos servicios como los de atención de público, recepción, evaluación y derivación de los conflictos civiles, los de mediación que ya mencionamos y la Unidad de Notificaciones, sin abolir la figura del receptor judicial al cual las partes podrán igualmente acudir.

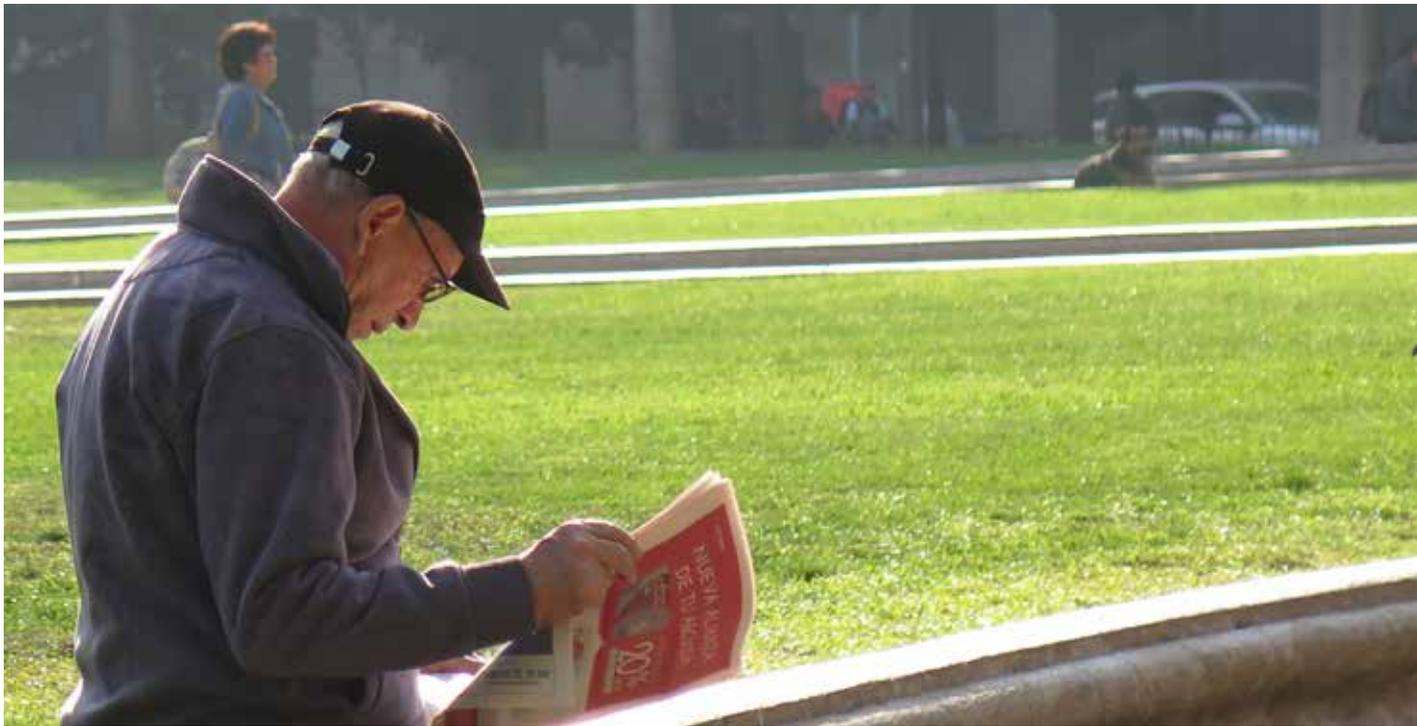
El trabajo del Ministerio de Justicia y el de la Comisión Asesora de la Reforma Procesal Civil que me corresponde coordinar, ha intentado abordar y despejar de manera seria y sistemática todos los aspectos que con cierta razonabilidad obstaculizaron el proceso legislativo. En este sentido hemos recibido con mucha satisfacción la decisión del Gobierno, expresada a través del actual ministro de Justicia y de su subsecretario, de retomar este año el trámite legislativo, con vistas a que nuestro país cuente con una justicia civil que la ciudadanía espera y requiere con urgencia. 🇨🇷



# Reforma Previsional

## En busca de pensiones dignas

Existe consenso sobre la necesidad de un cambio, pero las distintas visiones hacen prever una ardua y extensa tramitación parlamentaria. El mayor debate se ha centrado hasta ahora tanto en la posible división del proyecto en dos líneas de trabajo diferentes, una de las cuales considere el aumento de las pensiones solidarias, como en el incremento de la tasa de cotización básica.



**E**l tema de las pensiones ha constituido un punto central de los debates ciudadanos de nuestro país por más de 95 años, sin que nunca haya sido posible alcanzar una solución adecuada para la gran mayoría de la población.

El antiguo sistema se basaba en un régimen de reparto y el cruce perverso de sus bases estructurales

-esto es, la decreciente natalidad y el alza sostenida de las expectativas de vida-, lo que condujo a una aguda e incontenible crítica en su contra, dado sus malos resultados. Las únicas excepciones fueron las llamadas “pensiones perseguidoras” -que eran equivalentes al 100% o 75% de la última renta- y que correspondían a las personas que habían detentado

altos cargos en la administración pública.

Su posterior reemplazo por el actual Sistema de Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), fundado en Cuentas de Capitalización Individual, en el cual el ahorro personal ha pasado a constituir el eje fundamental, permitió sustraerse a los problemas del Fondo de Reparto, pero no ha logrado a esta fecha constituir una solución real para los 5,3 millones de trabajadores que cotizan en el sistema.

Existen variadas razones para ello: una baja tasa de cotización (10%); una densidad de cotizaciones de solo el 50% de los afiliados (son 10 millones); muchos periodos sin cotización (el 40% de los pensionados han cotizado menos de 15 años), más un alza impor-

tante en las expectativas de vida de la población, sin que se haya modificado la edad de retiro legal (60 años para las mujeres y 65 años para los hombres), la que se estima debería igualarse en los 65 años.

Adicionalmente, ha pasado desapercibida una situación que también impactará al sistema, cual es que existen 400.000 personas en el país que no tienen la nacionalidad chilena, y con cuyos países de origen no existen convenios de transferencia de fondos previsionales. Ello significa que, de pensionarse en nuestro

país, el monto de su pensión solo dependerá de lo que hayan podido ahorrar en Chile.

En forma sucesiva, diversos gobiernos han intentado dar una solución de fondo a la situación planteada, generando diversas comisiones de estudio (la más reciente fue la Comisión Bravo), pero nunca se ha podido traspasar el umbral de las discusiones iniciales en el Parlamento.

El 29 de octubre del año recién pasado, el actual Gobierno envió el Mensaje N°171-366 a la Cámara de Diputados, dando inicio así a un proyecto de ley tendiente a mejorar las pensiones del Sistema de AFP.

Dicha iniciativa encuentra su fundamento en la circunstancia de que el sistema está otorgando pensiones de vejez por debajo de las expectativas de parte importante de la población, en particular, de los más vulnerables: la clase media y las mujeres.

Esta situación se explica por la baja densidad de

las cotizaciones durante la vida laboral activa; por una mayor expectativa de vida de los pensionados (al año 2018 es de 90,3 años las mujeres y 85,4 los hombres, lo que obliga a financiar más años de pensión); y por una caída en las tasas de retorno de largo plazo, lo que afecta a las inversiones de los fondos acumulados. A ello se agrega que la tasa de cotización del sistema se ha mantenido en un 10%, en circunstancias de que el promedio de las tasas en los países de la OCDE es de 18,4%.

### Principales contenidos

Los objetivos del nuevo proyecto de ley se pueden esquematizar, en lo fundamental, de la siguiente forma:

- a) Mejorar beneficios del Pilar Solidario, incrementándolos en forma sustancial, aunque gradual, con lo que se pretende que en un lapso de cuatro años estos aumenten su monto en más de un 40%.
- b) Mejorar las pensiones autofinanciadas futuras, subiendo la cotización para pensiones hasta un 4%, de manera gradual y anual, de cargo del empleador; con dicha finalidad también se crean nuevas entidades denominadas “Administradoras de Ahorro Complementario”, en las que el afiliado podrá depositar este aumento de cotización.
- c) Fortalecer los incentivos para el ahorro previsional voluntario, estableciendo al efecto diversos nuevos mecanismos tributarios.
- d) Establecer un mecanismo de seguro para la cobertura de lagunas previsionales, con cargo al Fondo de Cesantía Solidario del Seguro de Desempleo.
- e) Mejorar el sistema de cobranza de cotizaciones previsionales, tanto en su vertiente administrativa como judicial.
- f) Incentivar la postergación de la edad de pensión, mediante beneficios alternativos, libres de impuestos y cobro de menores comisiones.
- g) Perfeccionar el Sistema de Consultas y Ofertas de Montos de Pensión (SCOMP), buscando una mejor fiscalización y competitividad de las ofertas en la modalidad de rentas vitalicias.
- h) Igualar derechos y deberes previsionales entre cónyuges y convivientes civiles.
- i) Mejorar pensiones de invalidez y sobrevivencia de trabajadores más jóvenes.
- j) Privar de pensiones de sobrevivencia a los involucrados en casos de homicidio, femicidio o

El tema de las pensiones ha constituido un punto central de los debates ciudadanos de nuestro país por más de 95 años, sin que nunca haya sido posible alcanzar una solución adecuada para la gran mayoría de la población.

- parricidio con condena ejecutoriada.
- k) Aumentar el monto de compensación en caso de divorcio, comprendiendo la cotización del 4% que se crea mediante este proyecto de ley.
  - l) Incentivar la competencia de las Administradoras de Fondos de Pensiones, buscando su mejor gestión y fiscalización.
  - m) Aumentar el grado de transparencia del sistema de AFP.

### Temas en debate

Cabe señalar que existe unanimidad de opiniones en cuanto a la necesidad de establecer una reforma al sistema de pensiones de las AFP y, en dicho sentido, la mayoría de los puntos anteriormente enunciados parecen estar bien orientados.

No obstante, existen muchas visiones sobre su contenido -no todas coincidentes-, lo cual presagia una ardua y extensa tramitación parlamentaria; este es un aspecto a considerar no menor, por cuanto algunos aspectos del sistema requieren de solución urgente.

Quizás el mayor debate se ha centrado hasta ahora en dos aspectos estimados esenciales: la posible separación del proyecto en dos líneas de trabajo diferentes y el aumento de la tasa de cotización básica.

Respecto del primer aspecto, algunos sectores han propiciado que se separe del proyecto la propuesta relativa a las pensiones solidarias, por estimar que ello constituye un tema urgente, que no soporta una tramitación extensa del proyecto, como se prevé.

El Poder Ejecutivo ha sostenido no coincidir con dicho predicamento, por cuanto, si bien es efectiva la urgencia señalada, no lo es menos que existe un universo muy importante de personas de la clase media que hasta ahora nunca han recibido ningún tipo de ayuda y cuya suerte se vería postergada de dividirse el proyecto.

Este es un tema central, por lo que nos parece que el aspecto relativo al Pilar Solidario amerita una decisión expedita, ya que existen 1.600.000 pensionados por dicho Pilar, que corresponden a personas del 60% más vulnerable de la población, las que no pueden continuar aguardando una solución al problema de una pensión a todas luces insuficiente.

En cuanto al aumento de la tasa de cotización de las pensiones autofinanciadas (cuentas individuales), el proyecto, como ya se señaló, plantea un aumento



El aspecto relativo al Pilar Solidario amerita una decisión expedita, ya que existen 1.600.000 pensionados por dicho Pilar, que corresponden a personas del 60% más vulnerable de la población, las que no pueden continuar aguardando una solución.

gradual de la tasa de cotización hasta alcanzar un 4% en ocho años; no obstante, el Gobierno ha hecho ver que está dispuesto a analizar un alza de este porcentaje, pudiendo duplicarse su monto.

Dicha materia representa un punto básico y profundo de la reforma, habida consideración de que hay unanimidad de pareceres en cuanto a la insuficiencia de la tasa actual del 10% para financiar las pensiones.

Aunque es un hecho que alcanzar la tasa promedio de los países de la OCDE resulta muy difícil, el Gobierno ha señalado recientemente que estaría dispuesto a estudiar una fórmula en dicho sentido, pese a que también resulta una realidad insoslayable el impacto inevitable que tendrá sobre la tasa de empleo.

Es de esperar que esta iniciativa tenga un mejor destino que las anteriores, y que permita a nuestro país dar una solución satisfactoria a la mayoría de su fuerza activa de trabajo, de modo que cuando esta llegue a la edad de su retiro laboral, pueda acceder a pensiones dignas, que se correspondan con su esfuerzo de más de 40 años de labor. 🙏



# Resolución adecuada de conflictos jurídicos ¿Los abogados propenden al diálogo?



La reactivación de la Reforma Procesal Civil, que contempla la mediación como puerta de entrada del sistema, es fundamental para la masificación de este mecanismo, como también para acercar el derecho a los conflictos concretos de las personas.

Chile cuenta con más de 25 años de experiencia en materia de mecanismos colaborativos de resolución de conflictos. Particularmente, la mediación se ha consagrado en diversas áreas del derecho: familia, salud, trabajo, educación, entre otras. Sin embargo, todos estamos de acuerdo en que, no obstante ello, el mecanismo de solución por excelencia en nuestro sistema es el juicio, siendo la expresión *ultima ratio* muy lejana a nuestra realidad nacional.

Como resultado de la preeminencia de lo adversarial, los ciudadanos consideran que el enfrentamiento es la única manera en que pueden hacer valer sus derechos,

ya que esa es la principal herramienta que el mundo jurídico pone a su disposición, tanto en lo privado como en lo público. El diálogo en Chile no se asocia a la resolución de las diferencias. Esa competencia no está instalada en los miembros de nuestra sociedad.

### ¿Y qué pasa con los abogados?

Lamentablemente, mi experiencia como mediador me ha permitido observar cómo, en la gran mayoría de los casos, el abogado dificulta el diálogo, no siendo un real aporte en procesos colaborativos e incluso desmarcándose muchas veces de los intereses de sus clientes.

### ¿A qué se debe ello?

La principal razón es que en nuestro país la formación en mecanismos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD) de los abogados es muy deficitaria, y aún consideramos como la principal fortaleza de un profesional del derecho lo irrefutable de sus posiciones y lo sólido de sus argumentaciones. Dentro de ese contexto no constituye ningún aspecto a destacar la generación de diálogo con el otro, ni menos la resolución “efectiva” del problema jurídico. Las mallas curriculares por regla general no consideran esta asignatura, y si lo hacen muchas veces se trata de un electivo, aislado en la carrera.

Tan profundo es el desconocimiento, que se han consagrado hitos procesales que no brindan los resultados esperados o se lanzan programas pilotos que no perviven. Así, por ejemplo, se introdujo la conciliación obligatoria en materia civil hace más de 25 años, trámite obligatorio, que ha generado magros resultados; o las Unidades de Justicia Vecinal, entidades a cargo del Ministerio de Justicia, que fueron cerradas el año 2017, después de más de cinco años de funcionamiento ofreciendo mediación, conciliación y arbitraje.

### De lo alternativo a lo adecuado

En la actualidad estos mecanismos no se vinculan exclusivamente a la desjudicialización de los tribunales. De hecho, si analizamos las cifras de ingresos civiles podremos apreciar que solo un 7% aproximadamente corresponde a juicios ordinarios o suma-

rios, ya que el resto son cobranzas ejecutivas. Por tanto, no existe congestión que requiera prioritariamente evitar la judicialización.

Es imperioso abordar la generalidad de los casos con soluciones accesibles; por ello hoy se ha dejado atrás la denominación “alternativos”, para visualizar como “adecuados” los mecanismos RAD. En ello se consideran los costos de la solución (no solo económicos, sino también emocionales); la satisfacción con el resultado (por ejemplo, ¿cuánto beneficio me proporciona una sentencia a mi favor?); el efecto sobre la relación entre las personas en conflicto (¿es posible, después de un juicio, mantener el vínculo con mi contraparte?); y la recurrencia de la disputa. Así, por ejemplo, en caso de un conflicto societario, ¿es razonable que la única vía de solución sea la contenciosa? No, es necesario una etapa previa a ello.

Para explicar en qué consisten estos mecanismos, cabe señalar que en la negociación dos o más partes intentan directamente resolver un conflicto. La mediación, por su parte, es una negociación asistida y por lo tanto comparte muchos elementos en común con ella. En la conciliación, este tercero llamado conciliador tiene más atribuciones que el mediador y propone bases de arreglo, siendo un desafío de dicho mecanismo que las propuestas formuladas sean aceptadas por aquellos a quienes está dirigida.

Es importante tener presente que los principios que informan los mecanismos colaborativos difieren sustancialmente de aquellos vinculados a lo confrontacional. En efecto, en los procesos jurisdiccionales impera la publicidad, en cambio los mecanismos RAD se desarrollan alrededor de la confidencialidad, elemento necesario para que se genere confianza.

En cuanto al principio de voluntariedad, no es posible constreñir a alguien para colaborar en la resolución de un conflicto. Otra cosa distinta es que se establezca una instancia de mediación obligatoria previa al ejercicio de acciones jurisdiccionales, como requisito procesal habilitante, lo que no incide

Como resultado de la preeminencia de lo adversarial, los ciudadanos consideran que el enfrentamiento es la única manera en que pueden hacer valer sus derechos.



En la gran mayoría de los casos el abogado dificulta el diálogo, no siendo un real aporte en procesos colaborativos e incluso desmarcándose muchas veces de los intereses de sus clientes.

en la participación voluntaria en el proceso.

En cuanto al equilibrio de poder o igualdad, el negociador, mediador o conciliador, frente a la desigualdad en la mesa, debe instar a las partes a corregirla, y para ello será necesaria asesoría jurídica. O bien contar con más antecedentes acerca de un determinado punto, a fin de que se puedan adoptar decisiones que permitan llegar a acuerdos sostenibles en el tiempo.

Estas asimetrías en los mecanismos RAD deben solucionarse, de lo contrario no es posible desarrollar el proceso; en los juicios también se presentan desigualdades y se acentúan aún más, porque el estándar de la bilateralidad solo exige para su realización que ambas partes cuenten con abogado y tengan las mismas posibilidades de ejercer sus derechos y recurso. Pero evidentemente aquella que esté en situación de quebranto emocional y/o muchas veces afectada por la carencia de recursos, no podrá contar con una asesoría de calidad que asegure un efectivo ejercicio de sus derechos.

Finalmente, en cuanto al protagonismo de las partes, los mecanismos RAD consideran la asistencia personal de los directamente involucrados en el conflicto. De este modo se genera un compromiso con el proceso, a diferencia de los juicios, donde las partes asisten representadas. En los RAD los abogados “asisten” a las partes.

### ¿Cómo se logran los acuerdos?

Los acuerdos se construyen. Nadie que esté en conflicto con otro tiene naturalmente la voluntad de resolverlo. El actuar de las personas es competitivo,

por ello ante una diferencia nunca encontraremos *prima face* una “voluntad de acuerdo”.

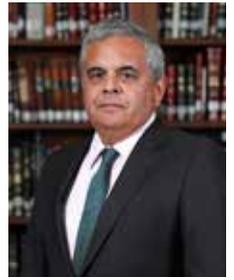
El modelo de negociación de Harvard se vincula con la idea de proceso (no rígido, ni preclusivo), en el que distinguimos tres etapas que se van sucediendo. La primera se vincula a la generación de confianza entre las partes, quienes transitan desde la posición (postura rígida que equivale a la pretensión y contrapretensión procesal) a los intereses (deseos o expectativas sobre un conflicto), que responden a las necesidades propias de cada individuo, que no son estandarizables. Por ejemplo, frente a un daño, es posible que la víctima no se sienta reparada solo con una indemnización, sino que considere aún más relevante la mejora de los procesos, a fin de evitar que hechos similares vuelvan a repetirse.

Luego de ello se analizan los criterios objetivos vinculados a la controversia, es decir, estándares independientes de la voluntad de las partes, que sirven para evaluar los diversos tópicos involucrados en el caso. Por ejemplo, la jurisprudencia, la normativa aplicable, los costos, etc., introduciendo razonabilidad en el tratamiento del conflicto. Posteriormente, ambas partes deberán evaluar sus alternativas, es decir, las posibilidades concretas que tienen de lograr sus intereses fuera de la negociación, de la mediación o de la conciliación. Evidentemente, la alternativa juicio siempre, aun tratándose de un buen caso, es más costosa.

Finalmente, y luego de las etapas señaladas, las partes generaran, si es que proceden, propuestas de acuerdo, las llamadas opciones, que surgen de la mesa y satisfacen los intereses en juego.

El desafío fundamental de los mecanismos de diálogo dice relación con el cambio de paradigma: desde una mirada absolutamente confrontacional a una visión colaborativa de la divergencia, en la que se trabajen los intereses de ambas partes, considerando criterios objetivos, evaluando alternativas y creando opciones de acuerdo.

Por ello, la reactivación de la Reforma Procesal Civil anunciada por el Ministerio de Justicia, que contempla la mediación como puerta de entrada del sistema, es fundamental para la masificación de este mecanismo y para acercar el derecho a los conflictos concretos de las personas, desarrollando el diálogo. Elemento imprescindible para transitar hacia una sociedad que es capaz de resolver sus conflictos de manera pacífica. 🏡



## Reforma Tributaria y Normas Anti Abuso ¿Un juego de abalorios?

Muchos están convencidos de que es indispensable cambiar la Norma General Anti Abuso (NGAA) del 2014. Cabe preguntarse si la nueva propuesta del 2018 es la solución para los problemas de la anterior.

**H**ace casi 20 años la Corte Suprema nos sorprendió con la siguiente decisión: “el Servicio confunde, en este caso, dos conceptos jurídicos que tienen una diferencia notoria: el de evasión tributaria -ilícito-, con el de elusión, que consiste en evitar algo con astucia, lo que no tiene que ser necesariamente antijurídico, especialmente si la propia ley contempla y entrega las herramientas al contribuyente, como aquí ocurre, para pagar impuestos en una medida legítima a la que se optó, y no en aquella que se le liquida”. Lo que ocurría era que un hotel de Bahía Inglesa, en lugar de ofrecer el servicio habitual de hotelería, arrendaba a sus pasajeros una pieza vacía, mientras otra sociedad le arrendaba la cama, sábanas y demás muebles en la pieza. Los clientes nunca se enteraron, siempre pensaron que estaban en un hotel. Que el precio por las piezas vacías no tuviera IVA y el arriendo de muebles sí, no era un tema que conversaran cuando se servía el desayuno.

Frente a semejante abuso de las formas y desprecio por el derecho civil (el consentimiento para arrendar piezas y muebles por separado nunca se formó, ya que una parte del contrato pensaba



que estaba en un hotel), muchos concluimos que lamentablemente no quedaría más alternativa que introducir una norma general anti abuso (NGAA) en nuestra legislación. No porque no hubiese solución jurídica para enfrentar a los contribuyentes agresivos (bastaba la teoría de la causa en los contratos), sino porque nuestros tribunales no estaban a la altura para enfrentar el análisis de los desafíos tribu-

tarios. Claramente, la Corte nos decía: si quieren que paren los abusos, que la ley lo diga.

En 2014, luego que la misma Corte Suprema en varios casos hiciera un giro de 180° y comenzara a exigir razones de negocio para todo y a ver elusión en todo negocio, finalmente una NGAA llegó a nuestro Código Tributario. Cuatro años después, tenemos en el Congreso una propuesta para modificarla.

Muchos estamos convencidos de que es indispensable cambiar la NGAA del 2014. Cabe preguntarse si la propuesta del 2018 es la solución para los problemas de la primera. No creo que sea así.

La primera NGAA ya cumple 100 años en Alemania, pero es el desarrollo jurisprudencial en países anglosajones lo que más las ha caracterizado. La tradición jurídica germánica y la del *common law* distan bastante de la chilena. Cuando el doctor en derecho, fascinado por lo que ha visto en Europa, lo copia y pega en nues-

tros códigos, corre un riesgo análogo al que enfrentan los que tratan de correr con un Ferrari en las calles de Valparaíso.

Ambas cosas no están necesariamente hechas para este territorio. No basta copiar las palabras, estas pueden tener un sentido en la realidad de Washington o Berlín, y uno muy distinto en calle Compañía con Morandé.

Por ejemplo, el legislador del 2014 nos iluminó con las siguientes palabras: “En caso de abuso se exigirá la obligación tributaria que emana de los hechos imponderables establecidos en la ley”. Una regla con la que pretendió indicarnos lo que quería. Como nos enseñaban en clases de matemáticas,

reordenemos las partes de la ecuación para ver qué nos dijeron: i) La ley establece los hechos imponderables; ii) los impuestos se exigen según esos hechos imponderables; iii) esto en caso de abuso. ¿Se habrá visto algo más obvio?. Desde luego, los impuestos se exigen respecto de hechos gravados que establece la ley, y esto es así bien que haya o no simulación o abuso de la ley.

### El desafío central

La cuestión que debe resolverse en estos conflictos entre contribuyentes y el SII es otra: si ha ocurrido un hecho gravado o no. La NGAA 2014 no ayuda a resolver esto y la del 2018 tampoco. Esta nos dice: “Determinada la existencia de elusión, se exigirá la obligación tributaria que emana de los hechos gravados eludidos establecidos en la ley”. Obvio, nuevamente. Nunca se ha debido cobrar impuestos sobre algo distinto de los hechos gravados ocurridos, y, por lo mismo, nunca ha cumplido quien no paga los impuestos que corresponden a esos hechos gravados. Las apariencias jurídicas, bien por simulación o abuso, no obligan a las partes y ciertamente no son oponibles al Fisco. Para saber esto no se necesita una NGAA.

El truco retórico y la insuficiencia normativa de la NGAA del 2014 así como la del 2019 son las mismas. El desafío para enfrentar la elusión no pasa por tratar de establecer hechos gravados en la ley consultando su espíritu, como nos han tratado de seducir en estas propuestas. El problema es el inverso, se trata de desentrañar lo que ha ocurrido en la realidad de los negocios y del derecho y, luego de eso, establecido lo que ocurrió, se debe ver si corresponde a un hecho gravado por el que no se han declarado y pagado impuestos.

Así, el desafío central es uno probatorio y procesal. No necesitamos una ley especial para saber que si dos partes aparentan una compraventa cuando en realidad están haciendo una donación, los impuestos que corresponde aplicar son los de la donación. Porque este es el único acto jurídico que ha ocurrido. La compraventa simulada no obliga a las partes (como seguramente lo podrá descubrir el supuesto vendedor que luego pretenda cobrar el

La tradición jurídica germánica y la del *common law* distan bastante de la chilena.

Cuando el doctor en derecho, fascinado por lo que ha visto en Europa, lo copia y pega en nuestros códigos, corre un riesgo análogo al que enfrentan los que tratan de correr con un Ferrari en las calles de Valparaíso.

precio al donatario), y tampoco a los terceros que sepan de la donación y la aparente venta, incluido el Fisco. El problema para el Fisco es tener la oportunidad de descubrir si ha habido la simulación o el abuso, y eso no lo resuelve la NGAA del 2014 ni la propuesta del 2018.

Dicho lo cual, hay límites a la pretensión de cobro fiscal, bien que haya abusos o no. Así, no podría el Fisco cobrar impuesto a la venta de un inmueble que no se ha hecho por escritura pública. El acto, la compraventa de inmuebles, requiere la formalidad, sin ella, simplemente no existe como tal (podrá haber un engaño o fraude del vendedor al comprador o meramente una falta de consentimiento en la forma requerida, pero no una compraventa de inmueble). La NGAA del 2014, sin embargo, nos presenta un acertijo que luego de cuatro años no consigo resolver: “Las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijen los hechos imponibles, nacerán y se harán exigibles con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, ...y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles”. Curiosa la regla, ya que si una persona ejecuta un acto sin las formalidades legales normalmente no producirá efectos o no será oponible a terceros de buena fe.

Así, si “vendo” acciones de una empresa y eso genera una pérdida, pero la venta es meramente consensual, no se escribe, no la suscriben dos testigos o la autoriza un notario, del mismo modo que difícilmente cambiará el registro de accionistas, no imagino que el Fisco acepte el gasto. Sin embargo, parece que esto sí podría ocurrir cuando se aplica la NGAA. Supongo que me faltan años de estudio en Escocia o en Leiden para entender esta regla.

### **Certeza jurídica elemental**

Lo que estamos enfrentando es un problema común de política tributaria en el mundo: por un lado, cómo lograr que los contribuyentes no escapen mediante simples apariencias y formalidades de un impuesto que deberían pagar, y, por otro lado, cómo mantener el principio básico y constitucional de legalidad de los tributos. Así, dos políticas muy válidas se nos muestran en conflicto: la equidad tri-

butaria que exige que todos paguemos los impuestos que nos corresponden, y la certeza jurídica elemental que supone que todos sepamos al leer la ley qué impuestos nos gravan cuando hacemos un negocio. Si resolvemos mal el problema validaremos la inequidad que permitirá a los contribuyentes más agresivos eludir sus obligaciones. O bien, tendremos a los contribuyentes enfrentados a la incertidumbre de que sus impuestos dependan de la interpretación y ánimo del fiscalizador del SII y del tribunal de turno.

La NGAA del 2014 sigue este último camino para contribuyentes normales, que hoy tienen que consultar un vidente para saber si deben pagar impuestos o no. Al mismo tiempo tiene tranquilos a los más agresivos, que saben que con la carga de la prueba en el SII, es improbable que alguna vez puedan ser atacados en forma efectiva. En suma, el peor de los mundos como política pública. La NGAA propuesta el 2018 mantiene varios de estos problemas.

Hemos caído, como decía Herman Hesse, en un juego de abalorios. Un juego donde las palabras escritas en la ley no se usan en la forma normal que conocemos según las tradiciones del castellano y el derecho chileno. El significado lo saben solo los que conocen las reglas del nuevo juego. Así, de uno y otro lado del tablero tributario juegan con posibilidades de éxito los que conocen “el espíritu” de la ley. Una ciencia oculta y alejada del Estado de Derecho, como lo conocemos en Chile.

Cuídense legisladores cuando quieren financiar las arcas recurriendo al espiritismo jurídico. Pocos abogados y contadores tuvieron un curso de Ouija en la facultad. 🎴



Cuídense legisladores cuando quieren financiar las arcas recurriendo al espiritismo jurídico. Pocos abogados y contadores tuvieron un curso de Ouija en la facultad.

Patricia Muñoz, Defensora Nacional de la Niñez

## “Ojalá lleguemos al día en que ningún niño deba ser retirado de su casa para ingresar a una residencia”



Considera fundamental pasar desde la lógica asistencialista y caritativa con que hasta ahora el Estado se ha ocupado de la infancia vulnerable, a otra basada en la obligación jurídica de proteger los derechos humanos de niños y adolescentes. Es tiempo, dice, de pasar de los discursos a las acciones concretas.

Por Héctor Humeres Noguera  
y Deborah Con Kohan

Cerca de un año después de haber asumido como la primera defensora nacional de la niñez en la historia de Chile, en julio de 2018, luego de haber sido elegida por unanimidad del Congreso, imponiéndose por sobre otros nueve candidatos, Patricia Muñoz García habla con convicción y apasionamiento sobre la infancia desvalida. Afirma que las necesidades y derechos de los niños y adolescentes “no le pertenecen a la derecha ni a la izquierda ni a ningún sector político”, sino que deben ser una responsabilidad compartida por todo el país. En su opinión, ello “nos obliga a transitar desde la visión caritativa y asistencialista que ha tenido el Estado chileno hasta ahora, a una obligación que implica satisfacer desde toda perspectiva los derechos de este grupo vulnerable de la población”.

Abogada de la Universidad Católica de Temuco y ex directora de la Unidad de Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de

la Fiscalía Nacional, creció en Osorno como hija mayor de un empleado bancario y una dueña de casa y pertenece a la primera generación de profesionales en su familia.

- Mi interés por trabajar en materias relacionadas con los derechos de la niñez se relaciona con mi experiencia previa en el ámbito laboral, en el cual tuve la oportunidad de investigar muchísimas causas donde las víctimas eran niños, niñas y adolescentes, cuyo desarrollo se veía tremendamente afectado a causa de delitos sexuales -explica-. Eso marcó en mí un interés por promover las mejores condiciones para que ellos pudieran enfrentar distintos procesos, especialmente en el contexto de las vulneraciones, que implicaban situaciones muy complejas, donde ellos no encontraban un apoyo real de sus entornos más cercanos.

Hoy continúa poniendo el acento sobre la precariedad de nuestro país en esta materia. Señala que si bien en el ámbito regional Chile destaca en diversas materias, no sucede lo mismo respecto a los derechos humanos de los niños y adolescentes:

- El Comité de los Derechos del Niño ha sido lapidario con nuestro país, y espero que eso no se nos olvide, porque debemos dar una respuesta coherente con el informe en que se sostiene que por más de 40 años los niños, niñas y adolescentes bajo tutela del Estado han visto vulnerados sus derechos humanos de manera grave y sistemática. En su momento ese informe generó un revuelo mediático, pero luego parece haberse nos olvidado.

**- ¿Por qué escogió trabajar en un área tan dura? ¿Qué casos puede mencionar entre los que más la han impactado?**

- Puedo recordar el de Daniela, una niña que en el contexto de una negligencia médica, de su madre tratada inadecuadamente en el parto, tuvo una hipoxia cerebral que le provocó un daño orgánico cerebral irreversible. Cuando uno se enfrenta a casos de esa naturaleza se da cuenta que hay mucho por hacer. También cuando recuerdo a las dos víctimas más pequeñas que tuve de agresiones sexuales, de solo dos años y medio; en el contexto de la investigación logramos que se determinara una sanción respecto de sus agresores. Así, este cargo implica el desafío que eso que pude observar en trabajos anteriores, pueda ser corregido desde la mirada de la Defensoría de la Niñez y con el apoyo del Estado que esta institución tiene.

**- ¿Qué opina respecto a la futura creación del Servicio de Protección de la Infancia y Adolescencia y del Servicio de Responsabilidad Adolescente?**

- La separación del Servicio Nacional de Menores sin duda es una noticia positiva, pero desde la Defensoría Nacional de la Niñez hemos sostenido que esa noticia positiva tiene que ser construida con la suficiente profundidad para que constituya un cambio estructural y no solo un cambio nominal. Hemos sido muy críticos del nuevo Servicio de Protección de la Infancia, o Servicio de Protección Especializada, que es el que se mantendría ahora bajo el alero del Ministerio de Desarrollo Social y que vendría a hacerse cargo de responder a las necesidades de los niños que se encuentran bajo protección. Ese servicio viene planteado en la legislación como un cambio estructural, y uno observa con mucha preocupación que mantiene el mismo sistema de financiamiento que tiene hoy día el Servicio Nacional de Menores.

“Tuve la oportunidad de investigar muchísimas causas en las cuales las víctimas eran niños, niñas y adolescentes, donde su desarrollo se veía tremendamente afectado a causa de delitos sexuales”.

**- ¿Qué implica eso?**

- Se trata de un sistema basado en la subvención, que involucra mantener una lógica asistencialista y casi caritativa del Estado, y no hacerse responsable de lo que demanda la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta implica asumir que el Estado ha contraído la obligación jurídica a contar de 1990 de dar respuesta y satisfacer el ejercicio de todos los derechos humanos de los niños. Esperamos que el Poder Ejecutivo asuma que este servicio no viene a hacer un cambio estructural, sino más bien un cambio nominal con algunas modificaciones importantes, pero no sustanciales. Y por tanto, que ello demande el cambio de la estructura de financiamiento, como sí se ha planteado en el Servicio de Reinserción Social, que está a cargo, o pretende estarlo, de los adolescentes vinculados a la justicia penal juvenil. En él sí se plantea un sistema de financiamiento distinto, que es aquel que nosotros recomendamos en la lógica de las observaciones que formulamos a ese proyecto de ley.

## **DE LOS DISCURSOS A LOS HECHOS**

**- Ud. señaló que “es hora de pasar**

“Viene planteado en la legislación como un cambio estructural, y uno observa con mucha preocupación que mantiene el mismo sistema de financiamiento que tiene hoy día el Servicio Nacional de Menores”.

**de los diagnósticos y discursos a la ejecución de acciones concretas”.  
¿Cómo se ha verificado este anhelo en la realidad?**

- Esperamos que se aborden situaciones críticas, como por ejemplo los niños que se encuentran excluidos del sistema escolar; las dificultades que enfrentan a la hora de ser atendidos debidamente en contextos de salud, específicamente en ámbitos de salud mental; lo que ocurre con el reconocimiento de la realidad que enfrentan los niños en situación de calle, cómo ellos deben ser atendidos adecuadamente por la ciudadanía; qué pasa con los procesos de los niños que se están enfrentando a una política migratoria que muchas veces es excluyente y que no considera los estándares internacionales en materia de derechos humanos, y un sinnúmero de otros tópicos en los cuales evidentemente se requiere una cierta urgencia de abordaje. Es decir, que tengan de manera potente un correlato en la realidad y no solo en la generación de discursos que pueden sonar muy bonitos, pero que en lo concreto no benefician directamente a los destinatarios.

**- Ud. también se refirió a la necesidad de crear centros para desintoxicación de drogas y alcohol para menores.**

- Un foco central es el consumo de drogas, especialmente en los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en residencias de protección y también en privación de libertades. Este es un tema crítico y hace aproximadamente un mes logramos obtener un compromiso del Ministerio de Salud, de Senda, del Sename, del Ministerio de Desarrollo Social y de Justicia para hacer una fuerza de tarea que efectivamente pueda permitirnos tener un diagnóstico claro de cuántos de esos casi siete mil niños se encuentran consumiendo y necesitan procesos de desintoxicación o de tratamiento. Ese compromiso yo creía que se iba a ejecutar rápidamente, pero observamos que ha pasado casi un mes y medio y seguimos esperando esa situación.

**¿Qué se está haciendo para proteger los derechos de los niños migrantes y pertenecientes a etnias?**

- Hemos hecho ciertos requerimientos a las entidades responsables tendientes a resolver situaciones como las que enfrentan los niños migrantes, particularmente quienes están vinculados a la expulsión de sus familiares o a lo que se ha conocido comunicacionalmente como programas de retorno humanitario. Desde nuestra perspectiva, lo humanitario es bastante cuestionable cuando se impone una prohibición de regreso de nueve años y cuando estamos pretendiendo que las personas vuelvan a un país como Haití, donde la vulneración de derechos es evidente.

**- ¿Cuál es su propuesta en relación a ello?**

- Hemos demandado a las autoridades el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho y que esto se vincule también con otro tipo de niños que tienen una situación especial de vulnerabilidad. Creamos en la Región de la

Araucanía la primera sede regional de la Defensoría para poner un énfasis particular en la situación de los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a las comunidades indígenas, especialmente a las mapuches, donde viven permanentemente en contextos de violencia policial propiciados por la violencia rural. Formamos una mesa directa para ocuparnos de situaciones de protección de los niños y también una mesa indígena donde podamos abordar con mayor rigurosidad la situación que estamos enfrentando.

**- ¿Qué hay respecto a los niños que viven en la calle?**

- Se generó otra mesa de trabajo con el Ministerio de Desarrollo Social, porque aunque parezca paradójico, estando en el año 2019, aún no sabemos cuántos niños se encuentran situación de calle en nuestro país. Como Defensoría de la Niñez hemos planteado que no solo necesitamos saber cuántos son, sino que también debemos hacerlos parte a ellos para entender qué es lo que requieren. Y desde ahí evitar que sigan sufriendo no solo la vulneración que involucra estar viviendo en la calle, sino también los procesos de estigmatización y criminalización con los que habitualmente se deben enfrentar. Esto implica que el Estado no solo ha sido incapaz de brindarles un espacio de vida adecuado, sino que además los condena a ser perseguidos por estar en esa situación.

**SIN PROTOCOLOS DE CONTENCIÓN**

**- ¿Cómo se está trabajando para lograr el objetivo de que la institucionalización de los niños y adolescentes sea excepcional y transitoria?**

- Lo importante es tener presente que su institucionalización en residencias no solo debe ser excepcional, sino que debe ser transitoria. El elemento de tran-

sitoriedad está puesto por el trabajo que se haga de manera seria y profunda en los procesos de revinculación familiar, entregándoles a las familias las herramientas que necesiten para atenderlos adecuadamente. Y también construir una visión social que nos haga avanzar desde una lógica de crianza asociada más bien al maltrato, donde muchas veces el castigo se vincula a la disciplina, en circunstancias que nada tiene que ver una cosa con la otra, para evitar que más niños tengan que verse expuestos a las posibilidades de ser institucionalizados. Ojalá lleguemos al día en que efectivamente ningún niño deba ser retirado de su casa para ingresar a una residencia.

**- Ud. emplazó a la ministra de Educación, Marcela Cubillos, a crear políticas públicas para abordar el gran número de menores que no asisten al colegio y el establecimiento de escuelas de reingreso.**

- Efectivamente yo emplacé a la ministra de Educación para generar escuelas de reingreso, donde se ha planteado, habiendo un estudio riguroso que ha sido propiciado por la Fundación Súmate, del Hogar de Cristo, la necesidad de ofrecer una modalidad educativa que sea pertinente y adecuada a los requerimientos de quienes han sido excluidos del sistema educacional tradicional. Debemos dejar de hablar de deserción escolar, de la voluntariedad de los niños para no continuar en sus estudios. Debemos entender que es un sistema que los excluye, y que por lo tanto necesita mecanismos para ser capaz de adaptarse al reingreso de ellos y satisfacer el derecho garantizado por la Convención de los Derechos del Niño y por la Constitución Política de nuestra República en orden al derecho a la educación. Hemos hecho una petición muy concreta, tanto al Ministerio de Educación como al Con-

sejo Nacional de Educación, para que se aprueben como modalidad curricular las escuelas de reingreso, utilizando como base aquella propuesta basada en la evidencia que ha generado la Fundación Súmate, respecto a implicar a lo menos la generación de una escuela de reingreso por región de nuestro país.

**- ¿Qué progresos existen en la investigación de los niños que fallecieron en el interior del Sename?**

- No tengo antecedentes suficientes, porque esa es una investigación que obviamente es secreta para terceros a ella, y como se origina con anterioridad a la vigencia de la ley que da origen a la Defensoría Nacional de la Niñez, nosotros no hemos podido presentar una querrela para ser parte de la misma. Pero en ese mismo contexto, en relación con el uso del protocolo de contención, que fue precisamente el que favoreció el homicidio de Lisette, la niña que evidencia la crisis en la que se encuentran los niños del Servicio Nacional de Menores, como Defensoría pedimos a este servicio que se deje sin efecto ese protocolo de contención, toda vez que los funcionarios del Sename no están avalados administrativa ni legalmente para ejercer ningún tipo de contención física, que solo está permitida a funcionarios de salud.

**- ¿Cómo fue acogida esa petición?**

- Desafortunadamente no tuvimos una respuesta positiva, se nos respondió del Sename que ese protocolo no iba a quedar sin efecto, porque ellos entendían que no se aplicaba contención por parte



“Debemos dejar de hablar de deserción escolar, de la voluntariedad de los niños para no continuar en sus estudios”.

de los funcionarios de su servicio. Pero aquella situación no es acorde a la realidad que uno observa ni a las manifestaciones que los propios niños realizan en el contexto de visitas o de denuncias que hemos recibido en la Defensoría de la Niñez. Por lo tanto, seguiremos insistiendo en que nadie que no sea un profesional de la salud pueda llevar a cabo alguna medida de contención física sin la preparación suficiente que evite que se genere una consecuencia tan irreversible e irreparable como implicó en el caso de Lisette su muerte.



“Desde nuestra perspectiva lo humanitario es bastante cuestionable cuando se impone una prohibición de regreso de nueve años y cuando estamos pretendiendo que las personas vuelvan a un país como Haití, donde la vulneración de derechos es evidente”.

#### **PREVENCIÓN: UN SALTO CUALITATIVO**

- Según datos de la fundación San Carlos de Maipo, 52% de las personas que hoy están privadas de libertad pasaron su infancia o adolescencia en recintos del Sename, estatales o privados. ¿Qué acciones deben inferirse de un hecho de esta naturaleza?

- En Chile en infancia trabajamos sobre la base de percepciones, no sobre la base de evidencias. Desafortunadamente, el país no puede dar cuenta de

la eficacia de sus políticas públicas en materia de infancia, porque carece de evaluaciones de impacto que hayan sido capaces de entender que todos los recursos públicos que han financiado temáticas de infancia, al menos desde 10 años a la fecha, que es la información que yo requerí a los distintos ministerios sectoriales, hayan sido eficientemente invertidos. No tenemos cómo saber que aquellos programas, políticas o proyectos han tenido un impacto real. Cuando hablamos de situaciones como las que se han levantado con la Fundación San Carlos de Maipo, donde se aprecia que el 52% de las personas que hoy están privadas de libertad tuvieron alguna vinculación con recintos del Sename, vuelvo a lo que planteaba hace un momento atrás, acá hay un desafío estatal que es ineludible: la prevención de la vulneración de derechos. Esto evita el tránsito de los niños a la institucionalización y a las carencias que ella enfrenta, impidiendo que este tránsito siga su curso, llevando desafortunadamente a muchos de ellos a vincularse a procesos de la justicia penal juvenil y luego, cuando ya son adultos, a recintos penitenciarios relacionados con mayores de edad.

#### **- ¿Cuál es el impacto de invertir en prevención?**

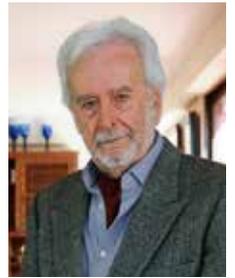
- Es aquello que puede dar un salto cualitativo a la vivencia de niños, niñas y adolescentes en este país. Desde el punto de vista financiero redundo en un retorno económico al país mucho más eficiente. Si invierto en prevención un dólar, retornan nueve; si solo invierto en tratamiento, no solo dejó de ser eficiente, sino que además el dólar que invierto retorna en solo cuatro o cinco.

#### **- ¿Se requiere invertir más en la capacitación de quienes se encuentran al cuidado de los menores?**

- Cuando mencionamos las necesidades que tiene un servicio de esta naturaleza y también un sistema de protección especializada, destaca lo importante que es la formación de quienes deben estar a cargo del cuidado de niños, niñas y adolescentes. Me gusta que se empiece a dejar de lado la expresión capacitación y transitemos hacia lo que se requiere en estos ámbitos, que es formación continua. Esto involucra un proceso de diseño e implementación y también una evaluación de los procesos de formación, de manera de ir evaluando permanentemente los conocimientos, las habilidades y competencias de las personas que están a cargo del cuidado de los niños. No podemos pensar que una capacitación que se hace una vez al año es suficiente para tener un control adecuado respecto a de qué manera se está llevando el resguardo de los niños.

#### **- ¿Cuál es su posición sobre el control preventivo de identidad?**

- Hemos sido muy críticos desde que se generó el anuncio, porque una propuesta de esa naturaleza vulnera sustancialmente no solo derechos contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, sino también en otros tratados internacionales vinculados, por ejemplo, al derecho a la libertad de tránsito, a la honra, a la dignidad, a no ser discriminado. Además, se está regulando normativamente una gestión policial que ha demostrado ser absolutamente ineficiente para satisfacer el objetivo del Ejecutivo al plantearlo. Nos parece que no tiene ningún sustento ni desde el punto de vista de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, como tampoco desde el prisma de la evidencia, para sustentarse legislativamente, y esperamos que no prospere la tramitación que se está realizando en el Congreso. 🇨🇱



## Policialización de las Fuerzas Armadas Como en la fábula de “Pedrito y el lobo”

Se propone que las Fuerzas Armadas participen en tareas de control de fronteras y combate al crimen organizado. Para que ello fuera posible debería implementarse una política pública de contenido estratégico, que modifique comportamientos de instituciones permanentes, por causa de una amenaza transitoria a la seguridad de todos los chilenos.

**A** propósito de un proyecto de ley sobre probidad y transparencia en Carabineros, el gobierno de Sebastián Piñera estaría optando por utilizar a las Fuerzas Armadas en tareas de control de fronteras y combate al crimen organizado. La opción luce realista y tiene solera doctrinaria y empírica. En Argentina, Brasil y México, los tres países geopolíticamente más importantes de la región, los gobiernos ya están utilizando a los militares en tareas policiales. En México incluso se está configurando una fuerza nueva: la Guardia Nacional.

El problema mayor es que no se trata de una necesidad estática. Si la complementación castrense del rol policial no es rápida, puede sobrevenir el desborde de la actividad criminal, dejando en la precariedad cualquier solución de trámite lento. El caso del “huachicoleo” mexicano -perforaciones en los ductos de gasolina para venderla por cuenta delincencial- es paradigmático, pues estaría desbordando a las propias Fuerzas Armadas. Como en la





En Argentina, Brasil y México, los tres países geopolíticamente más importantes de la región, los gobiernos ya están utilizando a los militares en tareas policiales.

fábula de “Pedrito y el lobo”, los déficits de inteligencia compartida y de acción política oportuna abren espacios para un desarrollo inatajable del crimen organizado y, especialmente, de tipo transfronterizo.

En el marco de un sistema democrático, la solución posible depende de una ecuación virtuosa entre la transversalidad política y una concepción flexible del derecho. Dicho en síntesis periodística: si en vez de transversalidad prima la polarización y si la concepción jurídica de los actores es de tradición dogmática, la solución se diluirá en un debate retórico interminable, con los clivajes consabidos (derechas contra izquierdas, gobierno contra oposición, civiles contra militares)... para franca alegría de los lobos.

En ese contexto, el incipiente debate en Chile tiene un pronóstico dudoso. Por una parte, está la tendencia a la polarización política; por otra parte,

un juridicismo sociológico que privilegia la majestad de la ley por sobre su funcionalidad social. Esto nos encierra en un círculo en el cual, ante cualquier emergencia, por grave que sea, se busca aprobar nuevas leyes y se bloquean tanto la imaginación política como la negociación con base en el interés nacional o suprapartidario.

De hecho, ya se está viendo que la primera valla consiste en que nuestro ordenamiento jurídico no contempla, en forma expresa, un rol policial para las Fuerzas Armadas y que “en el Derecho Público solo puede hacerse...”, etcétera. Esto subordina hechos tan graves como el comportamiento policial en la Araucanía o la impotencia policial ante los delitos transfronterizos, entre los cuales están los que afectan a las empresas mineras del norte.

### Búsqueda de consenso

La opción en trámite, por tanto, es una nueva ley. Esto supone reconocer la insuficiencia de la normativa vigente para dar solución a conflictos reales en tiempos útiles, negar el mérito de las interpretaciones finalistas y soslayar el aporte de la multidisciplinariedad.

Por lo mismo, el meollo de la nueva ley -según información de prensa- estaría contenido en un eufemismo: facultar al ministro del Interior para que, mediante decreto supremo fundado, coordine, ejecute y lidere acciones conjuntas “con otros órganos de la Administración del Estado”. Esto implica actuar solo en sedes políticas, lo que garantiza los debates retóricos, la pasividad de las mayorías silenciosas, la tibieza de los militares, el espontaneísmo de los civiles y las filtraciones parcializadas que desinforman a la ciudadanía.

También es posible que con ese eufemismo se trate de soslayar la complicada relación civil-militar. Por un lado estaría el temor político a la polivalencia de las Fuerzas Armadas. Por otro lado, el que la polivalencia valorada por los militares modernos excluye el rol policial. Para ellos, actuar como carabineros debilitaría su función primaria, atentaría contra su autoestima y potenciaría los factores de corrupción. Con ese panorama inicial, es muy posible que una ley ordinaria llegue cuando el lobo ya esté.

¿Habría, entonces, una vía más expedita?

La hay, si se asume que estamos ante un categó-

Para los militares, actuar como carabineros debilitaría su función primaria, atentaría contra su autoestima y potenciaría los factores de corrupción.

rico tema-país, cuyo meollo es el nivel de seguridad permanente a los ciudadanos que debe proveer la fuerza del Estado. Esto, aunque sus órganos policiales pasen por una mala racha y dado que la frase “los militares en sus cuarteles” se ha demostrado como un exorcismo ineficiente... y de filo doble.

Sobre esa base y al margen de la coyuntura de imagen crítica que afecta al Ejército, la necesidad obligaría a recurrir a la línea de defensa militar de la manera más automática posible. Dado que la línea de defensa policial no funciona como corresponde, su rol preventivo deviene complementario de la función primaria castrense y los militares deben actuar en consecuencia, como en los casos de catástrofes naturales.

A mayor abundamiento, la lógica de esa realidad facilitaría interpretar el ordenamiento jurídico vigente de manera extensiva y el jefe del Estado podría ejercer su liderazgo para construir un consenso suprapartidario específico: sobre una política pública de contenido estratégico, que modifique comportamientos de instituciones permanentes, por causa de una amenaza transitoria a la seguridad de todos los chilenos.

Puede agregarse que, en algunos países de la región, los déficits de la defensa policial se “solucionan” con la autodefensa ciudadana, esto es, al margen de la ley. En otros, como se ha visto, con la policialización de las Fuerzas Armadas. A este respecto, solo cabe advertir lo inaconsejable de argüir que Chile es diferente, que aquí las instituciones funcionan y que los resultados en esos países han sido malos.

Ese tipo de soberbia chilensis ya ha debilitado bastante nuestro *soft power*, castigándonos en materias literalmente estratégicas. 



**SMARK**  
SMART MARKS

*La decisión inteligente!*

Smark la plataforma especializada en vigilancia de marcas se une al colegio de abogados.

- Búsqueda de dominios.
- Búsqueda y vigilancia de marcas.
- Búsqueda de patentes.
- Vigilancia de Imágenes.
- Gestión de marcas.

Beneficios exclusivos para colegiados.

[www.smark.cl](http://www.smark.cl)

+56 9 58143519



# Ley de Pago Oportuno Plazo máximo de 30 días para impedir abusos

Se trata de un cambio sustancial al estatuto previo, en donde se reconocía una amplia libertad contractual a las partes para convenir la fecha de exigibilidad de la factura. Será aplicable a todo tipo de facturas, sean o no Pymes los emisores.



**L**uego de más de tres años de tramitación legislativa, el 3 de enero de 2019 el Presidente Piñera promulgó la denominada “Ley de Pago Oportuno”, que consagra, entre otras materias, que las facturas deben ser pagadas, como regla general, en un plazo máximo de 30 días desde su recepción.

Esta iniciativa legislativa surgió a partir de la moción de 2016 para modificar la Ley N°20.416, que fija

normas especiales para empresas de menor tamaño en materia de plazo y procedimiento de pago. Se pretendía, en el ámbito de las Pymes, impedir los abusos a que estas se veían usualmente expuestas, tales como la fijación de plazos de pago excesivamente largos, entre otros.

Sin embargo, durante el primer trámite constitucional en el Senado, el proyecto original fue modificado, pasando a establecer la Ley de Pago Oportuno un plazo máximo de pago para las facturas aplicable a cualquier tipo de relación comercial, sin necesidad de que una de las partes califique como Pyme.

De este modo, la Ley de Pago Oportuno, buscando el fortalecimiento de los créditos emanados de las facturas, como también el impedir actos abusivos, incorporó múltiples modificaciones a favor de los prestadores de bienes y servicios, mediante la técnica de normas restrictivas de la voluntad de las partes, el establecimiento de sanciones civiles especiales y la configuración de un ilícito especial de competencia desleal.

## Plazo legal de pago de las facturas

El primer gran cambio introducido por la Ley de Pago Oportuno consiste en la fijación, como plazo máximo para el pago de la factura, de 30 días corridos desde su recepción. Ello constituye un cambio sustancial al estatuto previo, en donde se reconocía una amplia libertad contractual a las partes para convenir la fecha de exigibilidad de la factura.

Sin embargo, se reconoce un espacio a la autonomía privada para modificar este plazo, pero sujeto a fuertes y estrictas formalidades por vía de solemnidad, difíciles de satisfacer en el tráfico comercial.

En efecto, las partes pueden pactar un plazo de pago mayor a los citados 30 días, siempre y cuando este acuerdo: (i) conste por escrito; (ii) sea suscrito; (iii) no constituya abuso para el acreedor; y iv) sea inscrito en un registro especial (que está pendiente de reglamentación) dentro del plazo máximo de cinco días hábiles posteriores a su celebración.

La sanción por la omisión de esta formalidad es que el acuerdo se “tendrá por no escrito”, aplicándose el plazo legal de 30 días. La misma ley señala casos en que estos pactos serían abusivos y tampoco tendrán efecto, tales como cláusulas de irresponsabilidad, terminación unilateral del contrato, etc.

### **Sanciones por el retardo de las facturas**

Otros aspectos relevantes dicen relación con la sanción por el incumplimiento a la obligación de pago de las facturas en las fechas convenidas. Ello, con el objetivo de incorporar un fin disuasivo a través del cual se pretende motivar a los deudores a pagar dentro de plazo, para así evitar el incremento de la deuda a partir de esta comisión especial fijada por la ley. En ese sentido, se explicita que se devengará un interés moratorio por la ley y se otorga el derecho a cobrar una comisión por recuperación de pagos equivalente al 1% del saldo insoluto.

### **Plazos de pago cuando el deudor es el Estado**

La Ley de Pago Oportuno no solo modificó la contratación entre particulares, sino que también para los organismos del Estado, ya que en su art. 2° quáter fijó el plazo de pago de la factura cuando el deudor es una entidad estatal, reconociendo la facultad basada en “motivos fundados” para que estos fijen un plazo de hasta 60 días para el pago de las facturas, lo que debe constar en las bases de licitación y/o en los respectivos contratos. Se agrega, además, que el impago generará las responsabilidades administrati-

vas correspondientes de los funcionarios pertinentes.

### **Una nueva hipótesis de un ilícito de competencia desleal**

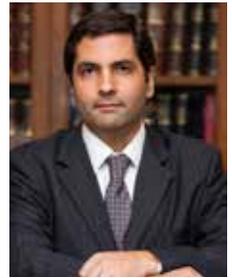
Adicionalmente, la Ley de Pago Oportuno incorporó como ilícito de competencia desleal el incumplimiento de los “plazos dispuestos en la ley N°19.983 para el cumplimiento de la obligación de pago del saldo insoluto contenido en la factura”. Esta modificación viene nuevamente a desnaturalizar el concepto de competencia desleal del legislador, dado que, doctrinalmente, esta ley busca evitar conductas desleales entre competidores (relaciones horizontales), en circunstancias que la nueva hipótesis sanciona conductas en un ámbito vertical, entre proveedor y clientes.

Como corolario de todo lo dicho, la Ley de Pago Oportuno reguló créditos contenidos en facturas, sin distinción de si el emisor es una Pyme, fijando un plazo máximo en que esta debe ser pagada por el deudor, y también incorporó varias normas de carácter disuasivo para motivar a los deudores a pagar dentro del plazo legal. Dentro de estas medidas adicionales que fortalecen el crédito, se encuentra el cobro de un interés moratorio; el cobro por comisión de recupero; medidas que restringen la modificación del plazo legal y sanciones en el orden de la competencia desleal para el contratante abusador.

Finalmente, se debe mencionar que la real efectividad de las medidas adoptadas por el legislador solo podrá determinarse una vez que estas sean puestas en práctica. 



La Ley de Pago Oportuno, buscando el fortalecimiento de los créditos emanados de las facturas, como también impedir actos abusivos, incorporó múltiples modificaciones a favor de los prestadores de bienes y servicios.



## Límites en la interacción con la contraparte

Continuamos respondiendo dudas y consultas sobre el Código de Ética Profesional de 2011. En esta ocasión, para aclarar lo que se conoce como “regla de no contacto”.



### ¿Se puede interactuar directamente con una contraparte que no cuenta con representación letrada?

En principio sí, con ciertas salvaguardias.

El actual Código de Ética Profesional (CEP 2011) recoge lo que se conoce como “regla de no contacto”, distinguiendo dos situaciones: si la contraparte cuenta con representación o no dispone de ella.

Respecto a la primera situación, el CEP 2011 sigue la tradición del antiguo código, prohibiendo dicha interacción. El CEP 1948 (art. 41) prohibía el trato con la contraparte que contaba con representación letrada, salvo que lo hiciese por medio del o la profesional o con su conocimiento. Y cuando dicha interacción estaba dirigida a negociar convenios o transacciones, la regla solamente permitía hacerlo con la intervención del colega.

La jurisprudencia pronunciada sobre esta disposición vacilaba al respecto. Una línea jurisprudencial exigía la concurrencia de todos los elementos para que efectivamente se configurara una falta a la ética. Esto es, el propósito tras dicha interacción en forma directa con la contraparte debía consistir en gestionar un convenio o transacción. Otra línea jurisprudencial consideraba que se trataba de dos conductas diferentes. Se infringía la regla al mantener contacto directo o indirecto sin conocimiento o derechamente sin interpelar al abogado(a) de la contraparte, y se castigaba como otra falta el gestionar convenios y transacciones sin la intervención del abogado(a) de la contraparte.

El artículo 107 del CEP 2011 zanjó este debate al calificar a todas estas conductas como reprocha-

bles. Es decir, tanto ponerse en contacto como negociar o transigir con la contraparte en ausencia de su abogado(a) constituye una infracción. A su vez, el CEP 2011 intensificó el nivel de diligencia con el fin de permitir la interacción con una contraparte en ausencia de su abogado(a). Para que resulte lícita dicha interacción no basta el mero conocimiento de este último; ahora se exige contar con autorización de su abogado(a) para efectos de contactar, negociar o transigir con la contraparte directamente en su ausencia. Además, se establece la obligación accesoria de mantener informado de lo ocurrido al colega ausente.

La situación referida en la pregunta introductoria -la interacción con contrapartes que no cuentan con abogado(a)- es una novedad del CEP 2011. Suele ocurrir que la contraparte no cuenta con representación letrada porque carece de los medios económicos para contratar servicios legales, pretende ahorrarse dichos servicios, no los considera necesarios o percibe al abogado(a) de la contraparte como una suerte de autoridad cuya opinión considera objetiva. Por lo demás, la comparecencia personal de las partes es bastante común ante los antiguos juzgados de menores, los juzgados de policía local y los tribunales de familia, donde la interacción entre las contrapartes suele ocurrir en los pasillos de los tribunales, es decir, en ausencia del control potencial del juez y a veces por la propia iniciativa de la contraparte.

Para evitar abusos en estos escenarios de negociación a la sombra del derecho -dado que no existen otros ojos expertos observando lo que sucede-, el CEP 2011 impone dos obligaciones de hacer: (i) el deber de informar a esa contraparte que su rol como abogado(a) es actuar en interés exclusivo de su propio cliente; y (ii) el deber de recomendarle que recurra a un profesional del derecho para que la asesore.

La explicitación de su rol parcial hacia los intereses de su cliente y la recomendación de buscar asesoría legal, debiesen bastar para efectos de continuar interactuando en caso de que la contra-

parte opte por no contratar a otro profesional. Sin perjuicio de lo anterior, es recomendable contar con algún respaldo respecto a esta clase de comunicaciones. De hecho, el Tribunal de Ética sancionó con censura por escrito sin publicidad a un reclamado por no constar la aclaración y recomendación referidas en el marco de una transacción de compensación económica respecto a una contraparte que había revocado el patrocinio a su abogada (Fallo NPR 62/13).

Esto no es óbice para actuar con prudencia respecto a las contrapartes que no cuentan con asesoría letrada, con el objetivo de evitar posibles tergiversaciones. También es relevante insistir en ser informado lo antes posible respecto a la contratación de servicios legales por parte de la contraparte. 🗣️



Ahora se exige contar con autorización de su abogado(a) para efectos de contactar, negociar o transigir con la contraparte directamente en su ausencia.

---

*NOTA: Las posiciones planteadas en esta sección expresan las opiniones personales del columnista, pero no constituyen una interpretación oficial de las reglas del Código de Ética Profesional. La facultad de responder con carácter vinculante consultas generales y específicas sobre el sentido y alcance de las reglas de buenas prácticas y ética profesional corresponde al Consejo General del Colegio de Abogados, y se ejerce cuando se formula a dicho Consejo una consulta siguiendo el procedimiento previsto por los artículos 29 y 30 del Reglamento Disciplinario.*



## Reforma a Fonasa El problema de la salud en Chile



El actual Gobierno ha anunciado modificaciones a este sistema, en congruencia con las reformas que introducirá en las Isapres. En un principio, el proyecto pretendía avanzar a través de la lógica del seguro y de la eficiencia económica. Ahora se ha agregado también la lógica de la garantía social y de la libre elección.

**L**a Constitución de 1980 llamó a los privados a participar en la provisión de los servicios de salud. En ese contexto, en la legislación de la época se estableció un “sistema mixto” (privado-público), asignando al mercado un enorme campo de actuación en materia de financiamiento y prestación de dichos servicios. Sus impulsores legitimaron dos ideas que habrían de calar hondo en las posteriores décadas, a saber, “la noción de que la salud es un bien que requiere de un pago”, y que el lucro “es legítimo y necesario” para obtener mejoras sanitarias sustanciales en beneficio de toda la población.

Sin embargo, los límites de estas ideas eran ya visibles a finales de la década de los noventa, incluso para sus propios defensores, e incidían en el funcionamiento del sistema mixto. Los buenos indicadores globales de salud a nivel nacional, fruto innegable de la competencia inicial y de la innovación, se relativizaron. El mercado de la salud no pudo cumplir los presupuestos clásicos de un mercado libre y

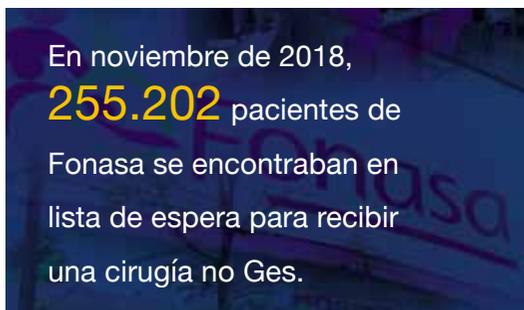
competitivo. Las prestaciones de salud no podían ser clasificadas simplemente como bienes “comercializables”, ni sus seguros condicionados por esa lógica exclusiva. “Que pague el que pueda, y el que no, que se muera”, no es propio de un país civilizado. La

seguridad social consiste precisamente en superar la correlación entre la capacidad económica de una persona y su riesgo de salud.

Por no conciliar dicha correlación nuestra realidad es bastante dura: el sistema de Isapres se ubica entre los más caros del mundo, con altísima incidencia en los gastos de bolsillo para el paciente y su familia. Es, además, uno de los más “inequitativos”, pues cerca del 80% de la población no puede acceder a él, y solo le cabe elegir el sistema público. Opción que de suyo no sería problemática si no fuera porque esta también arrastra sus carencias. En el sistema estatal se encuentran endémicas deficiencias en la atención de los pacientes, en la calidad del servicio, en los índices de gestión de las redes asistenciales y en las remuneraciones del personal de la salud.

Cuatro ejemplos sintomáticos. En noviembre de 2018, 255.202 pacientes de Fonasa se encontraban en lista de espera para recibir una cirugía no Ges. El 42% (107.343) de ellos ha aguardado más de un año. Por su parte, 1,6 millones de personas esperan la atención de un especialista, dada la insuficiencia de estos facultativos en el sistema público. Suplementariamente, los índices indican que el ausentismo por enfermedad de los funcionarios de la salud estatal duplica la media nacional. Y, en paralelo, a marzo de 2019, nueve directores han sido removidos por los bajos índices de gestión en sus hospitales (graves déficits en sustentabilidad financiera, eficiencia operacional, gestión clínica y excelencia en atención).

El cuadro general, por tanto, no es nada halagüeño. Inequidad y encarecimiento en el sistema de Isapres; deficiencias de atención, calidad y gestión en el sector público.



Hay que tener cuidado, sin embargo, en no desconocer los avances objetivos del sistema chileno. Precisamente las reformas que se anuncian desde el año 2011 van en esta línea, la de sumar y no restar. Se intenta crear un plan básico y suficiente de salud,

fácil de comparar y que incentive la contención de costos, encaminado a la generación de un plan de salud universal. Obviamente que para ello no basta con reformar las Isapres, incorporando instrumentos de solidaridad y transparencia. Es necesario hacerse cargo de las urgentes mejoras que requiere el sistema administrado por Fonasa.

### **Doble función**

Fonasa nace en 1979 con el Decreto Ley N°2.763, que estructura el nuevo sistema de salud. Sus funciones se perfeccionan en la Ley N°18.469 de 1985, que regula el ejercicio del derecho constitucional de protección de la salud. La Ley N°19.650, de 1999, le entrega nuevas competencias en materia de financiamiento de las prestaciones de salud, fiscalización y compra, que le convierten, al decir de muchos, en un “seguro público de salud”. El marco legal que hoy rige a Fonasa se encuentra principalmente en el DFL 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

Fonasa tiene hoy una gran cantidad de funciones en variados ámbitos: informar, regular, financiar, recaudar, administrar y distribuir recursos (por ejemplo, cotizaciones y copagos de los beneficiarios), celebrar convenios con prestadores privados, supervigilar el régimen público, requerir información pertinente, tratar datos sensibles para proteger la salud de la población, etc.

En orden a sus mejoras, el diseño de Fonasa puede mirarse desde distintas perspectivas. Desde la

“Que pague el que pueda, y el que no, que se muera”, no es propio de un país civilizado. La seguridad social consiste precisamente en superar la correlación entre la capacidad económica de una persona y su riesgo de salud.



El sistema de Isapres se ubica entre los más caros del mundo, con altísima incidencia en los gastos de bolsillo para el paciente y su familia.

óptica de la administración financiera, se habla de espacios de optimización de su desempeño, de productividad, eficiencia y eficacia en la provisión de bienes y servicios orientados a la salud. Desde el enfoque de las políticas públicas, se proponen reformas organizacionales y funcionales a fin de obtener prestaciones de calidad (atención integral, coordinada y continua).

No hay que olvidar, sin embargo, la mirada jurídica, y especialmente la que corresponde a los derechos fundamentales. En este ámbito, Fonasa cumple una doble función: para sus beneficiarios es el asegurador público que garantiza la provisión de los servicios y prestaciones de salud, fundado en los principios de accesibilidad y solidaridad. Para el sector público, es, *grosso modo*, quien desempeña las funciones de administración financiera, que operativamente hace posible lo primero.

Fonasa, en este punto, es importantísimo, pues a través de su institucionalidad el Estado chileno avanza de un modo directo en el cumplimiento del “deber preferente” de garantizar la salud de los chilenos, de acuerdo al artículo 19 N°9 de la Constitución. Lo que pasa por establecer una legislación configuradora de servicios de salud realmente universales, con su adecuada traducción reglamentaria y el respaldo de políticas públicas que aseguren la disponibilidad, accesibilidad, oportunidad y calidad de dichos servicios. Una concreción de ello es la Ley N°19.937, que atribuye al Ministerio de Salud la competencia para establecer estándares

mínimos diferenciados de calidad que deben cumplir los prestadores institucionales de salud, tales como hospitales, clínicas, consultorios y centros médicos.

El actual Gobierno ha anunciado modificaciones a Fonasa, en congruencia con las reformas que introducirá en el sistema de Isapres. Ya conocemos el texto del proyecto, pero aún es temprano para hablar de concreciones legales definitivas, dado el amplio debate que a su respecto se anuncia en el Congreso. Sí podemos destacar sus ideas generales, que apuntan a gestionar de mejor manera los servicios estatales de salud; reforzar el rol de Fonasa como asegurador público; introducir criterios de eficiencia en el principio de solidaridad lo que permitirá, por ejemplo, derivar pacientes dentro y fuera de la red pública; ampliar la modalidad de libre elección; asegurar mejores coberturas; garantizar el acceso a medicamentos; ofrecer soluciones integrales en medicina curativa y preventiva, con instrumentos opcionales en cotizaciones y copagos, para efectos de competir con las Isapres. En este plano figura el seguro de salud clase media, con cobertura financiera especial para enfermedades de alto costo.

En un principio, el Gobierno pretendía avanzar a través de la lógica del seguro y de la eficiencia económica. Ahora se ha agregado, además, la lógica de la garantía social y de la libre elección. Es cierto que, al final, el proyecto ha quedado como un popurrí. Pero con sus defectos hay que aplaudirlo, porque a partir de él se puede avanzar hacia una reforma de sentido unitario. Toda reforma a este respecto debe tener en consideración que la salud es un derecho fundamental y que, por tanto, ambos sistemas -Fonasa e Isapres- han de entrar en un círculo virtuoso para garantizarlo. Tratándose de bienes humanos básicos como la salud, importan mucho la eficiencia y la calidad, pero también que el hombre tiene derechos en torno a ella fundado en títulos no exclusivamente utilitarios, como sería su calidad de *price takers* (en condiciones ideales de mercado) o de precio aceptante (en condiciones reales o frecuentes de mercado). La salud no puede convertirse nunca en un género de bienes exclusivamente comerciales para el paciente y su familia sin alternativas reales de accesibilidad y calidad al interior de una sociedad civilizada. 🗳️



Paula Vial Reynal  
*Abogada*



Alejandra Precht  
Rorris  
*Abogada*

# Delitos ambientales

## Un proyecto de ley que requiere cambios

Existen ciertos principios y garantías básicas que se omitieron. A pesar que se reconoce el papel secundario que debiera ostentar el derecho penal en esta área, se presenta una iniciativa que propone una serie de delitos en dicho ámbito, pero los tipos penales propuestos son peligrosamente vagos. Además, a la SMA se le otorga un rol que la aleja de sus tareas propias en materias de prevención y cumplimiento ambiental.



**E**l 21 de enero de 2019 se presentó un proyecto de ley sobre delitos ambientales, que promueve asimismo un sistema de prevención de daños en este ámbito.

En la actualidad, los diversos tipos penales presentes en nuestra legislación que protegen el medio como bien jurídico están dispersos en distintas leyes especiales sectoriales, como la ley de pesca, la de bosques, de caza o más recientemente la de responsabilidad extendida del productor, y en el propio Código Penal, que tampoco cuenta con un título específico dedicado a estos ilícitos.

Dichos delitos no tienen sistematicidad ni responden a principios similares, poseen penas bajas y su aplicación es más bien excepcional.

El Mensaje del proyecto de ley señala que el objetivo que se persigue es sancionar las principales hipótesis de daño ambiental, así como algunos supuestos de obstaculización a la fiscalización que lleva adelante la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). En este ámbito se le otorga a la SMA un papel preponderante en la persecución de estos ilícitos. Además, el proyecto busca incentivar la preocupación de las empresas

por la prevención de dichos delitos, al incorporar a la Ley N°20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas los delitos ambientales como delitos base y establecer la obligación de contar con modelos de prevención en esa línea.

A nuestro juicio existen ciertos principios y garantías básicas que se omitieron en el proyecto. En primer lugar, se incumple con un principio básico, que incluso es citado por el Mensaje de la ley, cual es el considerar la sanción penal como última ratio, que supone que el Estado solo está legitimado para acudir al derecho penal cuando el resto de los mecanismos jurídicos se muestran insuficientes. Efectivamente, se ha omitido dotar a la Superintendencia con facultades correctivas y de prevención como son las órdenes de cumplimiento y mayor amplitud en la potestad de suspensión de actividades en caso de riesgo al ambiente, entre otras.

El derecho penal, en el ámbito ambiental, debe

A pesar que el Mensaje del proyecto reconoce el papel secundario que debiera ostentar el derecho penal en materia ambiental, se presenta una iniciativa que propone una serie de delitos en ese ámbito.

considerarse un coadyuvante de una política ambiental que dote a la administración con mayores herramientas jurídicas y económicas para el cumplimiento de la protección ambiental, y solo luego de eso debiese recurrirse al instrumento sancionatorio penal.

Sin embargo, y a pesar que el Mensaje del proyecto reconoce el papel secundario que debiera ostentar el derecho penal en materia ambiental, se presenta una iniciativa que propone una serie de delitos en ese ámbito.

### Deficiencias importantes

En segundo lugar, y más allá de estas críticas a la extensión de la intervención penal, cabe señalar que los tipos penales propuestos resultan especial y peligrosamente vagos en su consagración, lo que trae consigo una ampliación indeseable. Los delitos que se contemplan en el proyecto de ley no cumplen con criterios mínimos de suficiente especificación o determinación legal, que permitan entender y delimitar las circunstancias que deben concurrir para estimar configurado el tipo penal. ¿Qué se entiende por afectar las propiedades básicas de un componente del medioambiente? ¿Cómo se evaluará esto en relación al componente humano? (arts. 2 al 4 del proyecto). Resulta urgente e ineludible perfeccionar la descripción típica, acotándola a los atentados más graves que efectivamente se quiere y necesita sancionar, evitando así vulnerar el principio de legalidad.

En tercer lugar, el rol que se le otorga a la SMA la aleja de sus tareas propias e importantísimas en materias de prevención y cumplimiento ambiental, desnaturalizando su origen de ente administrativo.

En este contexto, el proyecto determina que será exclusivamente la SMA la facultada para dar inicio a la acción penal, lo que resulta excepcional al sistema de exclusividad en el ejercicio de esta acción por parte del Ministerio Público. Se ha entendido que únicamente en aquellos casos en los que exista un factor distintivo que amerite la excepción podrá estar justificada la misma y en este caso no se vislumbra cuál sería este factor. Como indicó la Corte Suprema (Informe al Proyecto de Ley N°6-2019, oficio N°32.2019, de 19 de febrero de 2019), el ambiente no solo tiene reconocimiento constitucional, sino que “está construido por un entramado de agentes de muy diversa índole, tales como la SMA, el Mi-





Las facultades extraordinarias que el proyecto le otorga a la SMA en materias investigativas no parecen tener justificación y resultan exorbitantes en relación a aquellas con las que cuenta el propio Ministerio Público en casos similares.

nisterio del Medio Ambiente, diversas ONGs, grupos de ciudadanos y empresas”, junto con considerar el importante grado de discrecionalidad y control que se entregaría a la SMA, en desmedro del órgano persecutor oficial.

Por otra parte, las facultades extraordinarias que el proyecto le otorga a la SMA en materias investigativas no parecen tener justificación y resultan exorbitantes en relación a aquellas con las que cuenta el propio Ministerio Público en casos similares. En efecto, la facultad que se entrega a la SMA de solicitar que se ordenen allanamientos, incautaciones, interceptación de comunicaciones y se obligue a cualquier empresa de telecomunicaciones a que facilite los registros de las comunicaciones que se encuentran en su poder, con autorización de un ministro(a) de la Corte de Apelaciones de Santiago, va incluso más allá de las atribuciones con las que cuenta la propia Fiscalía.

En este caso, no siendo delitos que contemplen pena de crimen como sanción, no se vislumbra razón alguna por la que se haga excepción a las limitaciones para la obtención de tales medios investigativos, careciendo en este sentido de proporcionalidad entre el medio y la sanción.

Sin embargo, coincidimos en la relevancia que tiene el apoyo técnico experto que puede brindar la SMA a la Fiscalía en cualquier investigación en estas materias, con lo que resultaría fundamental asegurar su labor coadyuvante en los procesos que se inicien por delitos medioambientales. Asimismo, y discrepando de la decisión de establecer la exigencia de la presentación de una querrela por parte de la SMA

para dar inicio a una investigación penal, creemos que podría resultar adecuado establecer una facultad para este organismo de celebrar acuerdos reparatorios en aquellos casos en los que existan antecedentes del daño ambiental y donde la propuesta de reparación pueda ser más eficiente que la persecución final de responsabilidades penales, por lo que estos delitos debieran incluirse en el catálogo de ilícitos para esta salida procesal.

### Salida alternativa

Así como estimamos que es necesario priorizar los mecanismos administrativos de reparación y recurrir al derecho penal solo excepcionalmente, creemos que incluso en los casos en los que no ha existido otra alternativa que dar inicio a una causa penal, esta pueda concluir por una salida alternativa que priorice la reparación del daño al medio, al ser este el objeto último de protección.

Finalmente, el proyecto establece también, como requisito para ejercer la acción penal por daño ambiental, que se haya resuelto en sentencia definitiva la existencia del daño por el Tribunal Ambiental. Con ello se pretenden evitar fallos contradictorios entre la justicia penal y la ambiental especializada, así como lograr una reparación efectiva. Sin embargo, esto parece una medida poco eficiente, que puede dilatar la investigación penal, en los casos en que corresponda. Además, una vez resuelto el daño ambiental, puede resultar innecesario perseguir la responsabilidad penal, atentando gravemente contra el principio del derecho penal como *ultima ratio*, cuando recurrir a este parece ya superfluo. 🗑️

# El Colegio de Abogados de Chile Un rol fundamental en el equilibrio de poderes

Con ocasión de una nueva ceremonia de juramento, un día después del aniversario de la Orden, Haroldo Brito, presidente de la Corte Suprema, se refirió a los antecedentes históricos de esta, así como a su importante labor.



**E**xactamente un día después del aniversario número 94 del Colegio de Abogados de Chile, fundado el 19 de marzo de 1925, un nuevo grupo de jóvenes abogados realizó su ceremonia de juramento. Destacando la coincidencia con esa fecha, el Presidente de la Corte Suprema, Haroldo Brito, quiso compartir algunas consideraciones acerca de esta institución, a la que se refirió como “de tanta importancia para el sistema de justicia”.

En un breve recuento histórico, señaló que el primer Colegio de Abogados en Chile fue fundado el 8 de agosto de 1862, como una “sociedad científica” destinada a la investigación jurídica y al apoyo y amparo de los abogados. Duró solo cuatro años. En ese periodo estuvo encabezado por los decanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don

Gabriel Ocampo y don Manuel Antonio Tocornal.

Casi 50 años después, en la Casa Central de la Universidad de Chile, inspirado en los mismos propósitos de la primera organización, el 26 de abril de 1915 se fundó el Instituto de Abogados. Fue presidido por don Ismael Valdés Vergara y don Miguel Antonio Varas; y aun cuando fue una institución privada, contribuyó a mejorar la justicia y la abogacía, hasta que el gremio de los abogados se organizó por medio de una ley.

Como primer presidente de la naciente entidad, don Ismael Vergara señaló que “El abogado es el elemento social y político de más alta figuración, si su situación abarca todos los campos de las actividades, si en todos los aspectos de la vida de la nación le corresponde un papel preponderante, es deber de interés público propender con esmero y por todos los medios posibles a que los individuos que en tan elevadas esferas deben desarrollar su actividad, sean dignos por su ilustración y por su honestidad de las honrosas funciones a que están predestinados y de la confianza pública que se requiere para el desempeño de ellas”.

Las actividades de este Instituto finalizaron en 1918. Más adelante, el Decreto Ley N°406, del 19 de marzo de 1925, creó el actual Colegio de Abogados de Chile. Luego la Ley N°4.409, del 8 de septiembre de 1928, y su reglamento del 15 de abril de 1935, establecieron de manera definitiva el sistema de la abogacía colegiada, cuya afiliación era obligatoria para todos quienes ejercían la profesión de abogado. Este sistema duró hasta la dictación del Decreto

Ley N°3.621 de 1981, publicado en el Diario Oficial del 7 de febrero de ese año, norma que con sus posteriores modificaciones aún rige en el país. En él se estableció que todos los colegios profesionales tienen el carácter de asociaciones gremiales y, en consecuencia, la afiliación se transformó en voluntaria.

### **Ética: Un valor fundamental**

Entre las principales actividades que actualmente desempeña el Colegio de Abogados de Chile, Haroldo Brito destacó en especial el control ético de sus asociados, acotando que el artículo final del Código de Ética dispone que: “El abogado, al matricularse en el Colegio de Abogados de Chile A.G., deberá hacer promesa solemne de cumplir fielmente este Código de Ética Profesional”. Asimismo, recaló lo señalado por el actual presidente de la Orden, Arturo Alessandri: “El hecho de pertenecer a un Colegio de Abogados, con el consiguiente control ético, debiera convertirse en un antecedente valioso en el currículum de un abogado, junto al buen nombre y prestigio de un profesional, frente a sus pares, clientes y a la comunidad que lo rodea”.

El Presidente de la Corte Suprema indicó también que los abogados son ejes piramidales del sistema democrático; sin su actividad el derecho se torna impositivo y nugatorio, mero espejismo, el panorama judicial es simple rito y forma sin sustancia. La pre-

sencia de los abogados es vital, no eludible e imprescindible para las partes y, por cierto, para los jueces.

Destacó además que la agremiación profesional genera vínculos emotivos y legales frente a la responsabilidad de defender intereses de los ciudadanos en el campo de la actividad judicial. La colegiatura crea compromiso por la posibilidad de participar en la toma de decisiones en torno a los intereses comunes de los agremiados y gesta la necesidad de un mejoramiento constante de las condiciones profesionales de estos, así como también legitima el control ético por provenir de sus pares, esto es, por quienes conocen la profesión y sus circunstancias.

Finalizó su alocución señalado que la colegiatura de los abogados y abogadas impulsa también la efectividad del acceso a la justicia, por equilibrar cargas y dar un marco de protección gremial que desestimula el atropello a los litigantes. Asimismo, brinda protección y respaldo a quienes son representantes judiciales de la parte. El poder omnímodo del Estado o de cualquier otro grupo de poder se contrarresta en su expresión de abuso con un gremio de abogados igualmente poderoso que impida el irrespeto, los abusos y la degradación de los litigantes. Por ello, exhortó a los nuevos profesionales a colegiarse como un sello de distinción y excelencia que todo abogado debiese poder exhibir, deseándoles el mayor de los éxitos profesionales. 🇨🇱

## Los presidentes del Colegio de Abogados

**Haroldo Brito recordó en su discurso que el primer presidente del Colegio de Abogados de Chile fue el abogado don Carlos Estévez Gazmuri, quien ejerció como tal hasta 1934.**

**A él le sucedieron otros tantos connotados abogados del país: Arturo Alessandri Rodríguez (1951-1955); Alejandro Silva Bascuñán (1964- 1976), sin duda alguna uno de los mejores constitucionalistas del país y también abogado integrante de la Corte Suprema; Raúl Rettig Guisen (1985-1987) gran político y letrado litigante, además de docente; y Alfredo Etcheberry Orthusteguy (1988-1991).**

**Entre los cuatro últimos abogados que han ejercido este cargo se encuentran Sergio Urrejola Monckeberg (1992-2007); Enrique Barros Bourie (2007-2011); la prestigiosa y ya fallecida abogada señora Olga Feliú Segovia (2011-2015), y Arturo Alessandri Cohn, quien ejerce este cargo desde 2015.**



COLEGIO DE ABOGADOS  
DE CHILE A.G.

# Renovación Consejeros Periodo 2019-2023

Los días martes 4, miércoles 5 y jueves 6 de junio de 2019, se llevará a cabo la renovación de nueve consejeros de la Orden.

## HORARIO DE VOTACIÓN

- **Votación Manual:** De 13:00 a 18:00 hrs., sede Colegio de Abogados.
- **Votación Electrónica:** Horario continuado desde las 13:00 hrs. del primer día de votación hasta las 18:00 hrs. del último día.

### CONSEJEROS ELECTOS EN 2017 Y QUE CONTINÚAN EN SUS CARGOS HASTA JUNIO DE 2021

1. Arturo Alessandri Cohn
2. Luis Alberto Aninat Urrejola
3. María de los Ángeles Coddou Plaza de los Reyes
4. Ricardo Escobar Calderón
5. Carolina Fuensalida Merino
6. Héctor Humeres Noguera
7. Cristián Maturana Miquel
8. Paulo Montt Rettig
9. Enrique Navarro Beltrán
10. Diego Peralta Valenzuela

### CONSEJEROS ELECTOS EN 2015 Y QUE CESAN EN SUS CARGOS EN JUNIO DE 2019

1. María Magdalena Atria Barros
2. Jorge Bofill Genzsch
3. Carmen Domínguez Hidalgo
4. Julián López Masle
5. Nicolás Luco Illanes
6. Luis Ortiz Quiroga
7. Juan Eduardo Palma Cruzat
8. Julio Pellegrini Vial
9. Pedro Pablo Vergara Varas

Al cierre de la presente publicación, solo se han recibido las siguientes Listas de Candidatos a Consejeros, para el periodo 2019-2023.

### CANDIDATOS LIBERTADES PÚBLICAS

1. Barrientos Estay, Lorena
2. Del Río Pérez, Jorge Francisco
3. Harasic Cerri, Iván
4. Insunza Tagle, Matías
5. Montaner Lewin, Alfredo
6. Triviño Alvarado, Silvia Libertad
7. Van der Schraft, Mónica
8. Vega Moll, Marcela
9. Walker Echenique, Elisa

### CANDIDATOS LISTA GREMIAL

1. Achurra González, Marcela de los Ángeles
2. Boetsch Gillet, Cristián Andrés
3. Domínguez Hidalgo, Carmen Aída
4. Frontaura Rivera, Carlos
5. Letelier Velasco, María Macarena
6. Luco Illanes, Nicolás
7. Palma Cruzat, Juan Eduardo
8. Román Arancibia, Carmen María
9. Vergara Varas, Pedro Pablo

# TU OFICINA CON CONVENIO PREFERENCIAL



**COLEGIO DE ABOGADOS  
DE CHILE A.G.**

ARRIENDO DE OFICINAS EQUIPADAS

ESTACIONES DE TRABAJO Y SALAS DE REUNIÓN

OFICINAS VIRTUALES



INTERNET Y TELEFONÍA  
RECEPCIONISTAS Y  
MENSAJERO  
SALAS DE REUNIÓN  
ESTACIONAMIENTO  
Y MUCHOS SERVICIOS MÁS

CENTRO DE NEGOCIOS  
CIUDAD EMPRESARIAL

CENTRO DE NEGOCIOS  
NUEVA APOQUINDO



Visítanos en:

[www.pbc.cl](http://www.pbc.cl)

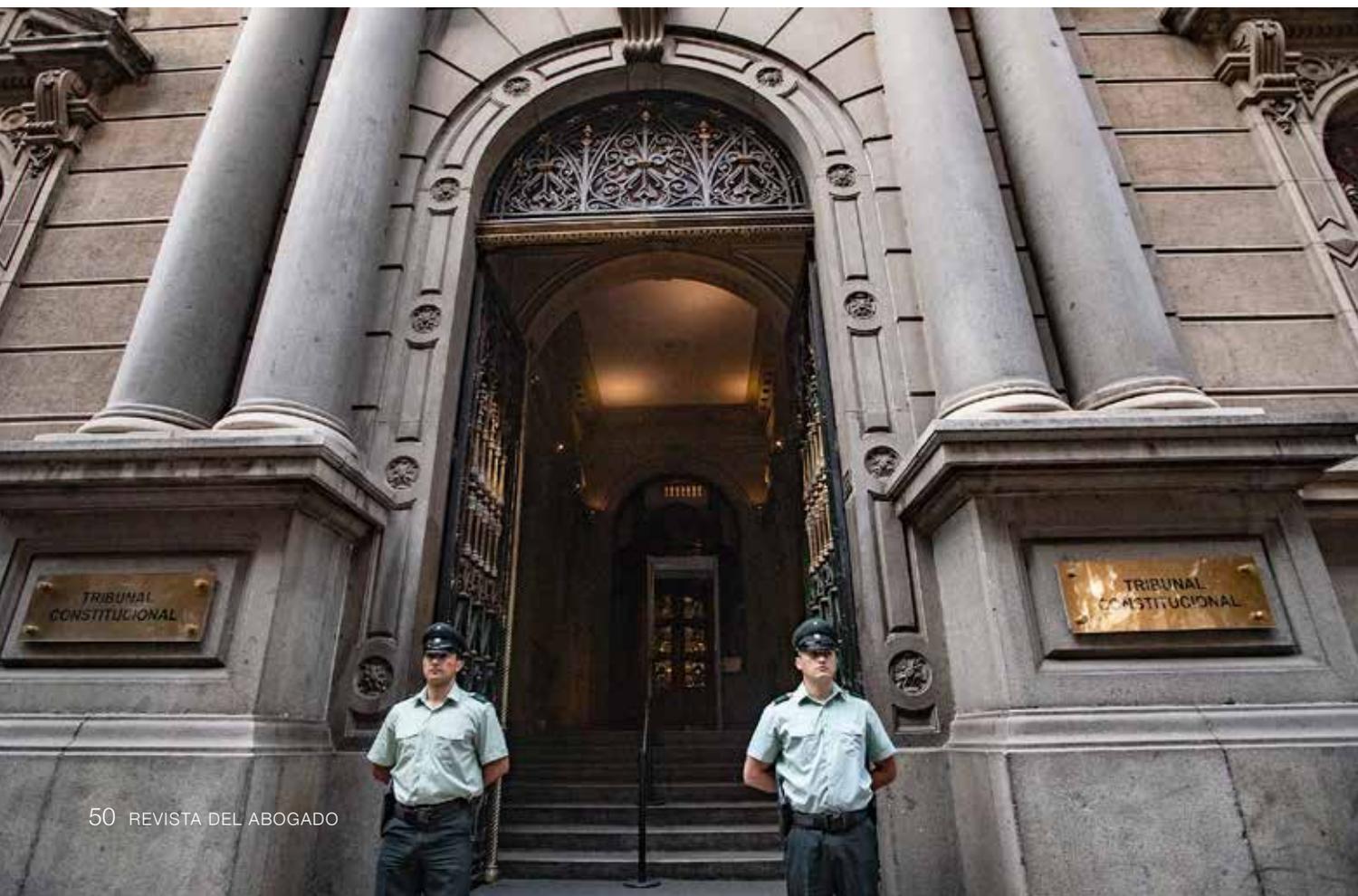


# Tribunal Constitucional

## Origen, evolución y proyecciones

Con una vida ya casi centenaria en occidente y algo menos de la mitad en Chile, su labor fue esencial en el retorno a la democracia y en la defensa de las garantías constitucionales. Desde la reforma de 2005 a la fecha han ingresado a esta institución más de cinco mil causas, 90% de las cuales corresponden a inaplicabilidades.

Los tribunales constitucionales (“TC”) surgen en Europa, en 1920, como creación del notable jurista austríaco Hans Kelsen, quien en su famosa controversia con Carl Schmitt -acerca del defensor de la Constitución- resalta la necesidad de una “jurisdicción constitucional, por la cual la función de garantía de la Constitución sea transferida a un tribunal independiente”. Agrega luego que dicho tribunal “funciona como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la



constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes), así como también del gobierno (especialmente de los decretos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de inconstitucionalidad y eventualmente juzgando a determinados organismos imputados, acerca de la responsabilidad probada”.

Al explicar su funcionamiento, Kelsen señala que dicho tribunal “aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general”, es decir, oficia como un “legislador negativo”.

En todo caso, los inicios de la justicia constitucional se remontan a principios del siglo XIX, en el clásico fallo “Marbury vs. Madison”, dictado en 1803 por la Corte Suprema de EEUU, en la recordada afirmación del juez Marshall, en cuanto a que “una ley contraria a la Constitución es nula”. También se pueden encontrar antecedentes más remotos en el propio mundo anglosajón y en el derecho hispano e indiano, en el que se desobedecían las normativas contrarias a la razón y justicia.

A partir de la Constitución de Austria de 1920, y en particular después de la Segunda Guerra Mundial, los TC se expanden por el continente: Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958) y España (1978), entre otros.

En Hispanoamérica también se instauran, siguiendo el modelo europeo: Ecuador (1967), Perú (1979), Colombia (1991) y Bolivia (1994).

Hoy, además, se aprecia su presencia en Europa oriental, Asia y África. Según estudios de derecho comparado, su presencia se observa en casi un centenar de países, siendo su papel fundamental el resolver las controversias de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado.

### **Establecimiento en Chile**

A mediados de la década del sesenta se había discutido a nivel académico acerca de la necesidad de contar con un TC que dirimiera los conflictos entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Entre dichos juristas puede mencionarse

a los profesores Jorge Guzmán Dinator, Alejandro Silva Bascuñán y Francisco Cumplido.

La reforma constitucional de 1970 incorpora, por primera vez en Chile, un Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley.

Sobre su relevancia institucional, el ex Presidente Eduardo Frei Montalva resaltó su importancia desde que “todo ordenamiento jurídico requiere la existencia de un Tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquiera otra disposición fundamental de la Constitución Política”.

Dicho Tribunal, que sesionó por cerca de dos años, y que fuera presidido por el profesor de derecho administrativo Enrique Silva Cimma dictó 17 sentencias. Fue disuelto en 1973 por la Junta Militar, que estimó que su existencia era “innecesaria”, lo que solo puede entenderse en un contexto institucional en el que el Congreso Nacional había sido clausurado.

La Carta de 1980 restableció dicha institución y le otorgó además el control de las denominadas “leyes orgánicas”, siguiendo el modelo francés y español.

En la transición política chilena debe resaltarse sin duda el papel jugado por el TC -a través de su jurisprudencia- en cuanto a incrementar la institucionalidad democrática, particularmente la participación ciudadana y los mecanismos de control jurídico.

En efecto, en tiempos en que primaba el silencio, le correspondió un rol fundamental en relación con el control de constitucionalidad de las denominadas “leyes políticas” promulgadas durante la

En tiempos en que primaba el silencio, le correspondió un rol fundamental en relación con el control de constitucionalidad de las denominadas “leyes políticas” promulgadas durante la década de los ochenta.



En los trece primeros años de funcionamiento del nuevo Tribunal Constitucional han ingresado más de cinco mil causas, 90% de las cuales corresponden a inaplicabilidades.

década de los ochenta, siendo del caso destacar las sentencias que obligaron a que el plebiscito de 1988 se efectuara con la participación de órganos electorales y jurisdiccionales.

### **Funcionamiento en tiempos de democracia**

Una vez producido el restablecimiento del régimen democrático chileno, en 1990, el Tribunal continuaría su labor esencialmente en la revisión de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales

-siguiendo el modelo francés y español primitivo-. Destacan entre ellas, por cierto, las relativas a organización y atribuciones de los tribunales de justicia.

Del mismo modo, le correspondió resolver ciertos requerimientos presentados por minorías parlamentarias, tanto respecto de decretos como de proyectos de ley.

Así, por ejemplo, con relación a la potestad reglamentaria presidencial se efectuaron requerimientos sobre materias tan disímiles como decretos vinculados a vivienda, publicidad caminera, textos aprobatorios de ley, tarifas y peajes, planos reguladores, cancelación de personalidad jurídica, acceso a playas, transporte, restricción vehicular, procedimiento de fijación de líneas de altamar, acuerdo complementario con Bolivia o ejecución presupuestaria.

En cuanto a proyectos de ley, los requerimientos presentados se refirieron a diversas materias, como, por ejemplo, Ley de Pesca, Ley de Bancos, Estado empresario, plantas de la Contraloría General de la República, plantas municipales, juntas de vecinos, rentas municipales, municipios, libertad de información y ejercicio del periodismo, donación de órganos, capitalización de dividendos, remuneraciones de la judicatura, sede del Congreso, primarias presidenciales, Código de Aguas, jornada escolar, traspaso de liceo, urbanismo o pensiones.

En tanto, la reforma constitucional de 2005 del ex Presidente Lagos modificó la composición y atribuciones del TC. Así, a contar de esa fecha sus nueve integrantes son designados por el Presidente de la República, el Congreso Nacional y la Corte Suprema, en un modelo similar al establecido en la Carta italiana de 1947.

Del mismo modo, se radicó exclusivamente en este Tribunal el control de constitucionalidad de las leyes. De tal forma, no solo revisará eventualmente la constitucionalidad de las leyes durante su tramitación (leyes orgánicas e interpretativas y requerimientos de parlamentarios), sino que además conocerá de la acción de inaplicabilidad de las leyes.

La nueva acción no es en todo caso idéntica a la que anteriormente -desde 1825- conocía la Corte Suprema, dado que ahora corresponde declarar la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución Política, por lo que se trata de un control concreto. Además, la inapli-

cabilidad no solo puede ser solicitada por las partes de una gestión, sino también por el propio juez de la causa. Para dimensionar la expansión de esta acción constitucional, debe tenerse presente que en los trece primeros años de funcionamiento del nuevo Tribunal Constitucional han ingresado más de cinco mil causas, 90% de las cuales corresponden a inaplicabilidades.

Son muy diversas las materias que han motivado los pronunciamientos del TC. Piénsese solamente las resoluciones que han ido configurando el debido proceso, a través de sus elementos como la bilateralidad, el derecho a aportar pruebas, la motivación de la sentencia y el derecho a revisar lo resuelto por un órgano jurisdiccional superior. Del mismo modo, en relación con la igualdad ante la ley se ha declarado que determinados preceptos legales carecen de razonabilidad, al establecer diferencias injustificadas o sanciones desproporcionadas o que no fijan parámetros adecuados y objetivos.

### Más atribuciones

Adicionalmente, la reforma de 2005 facultó al mismo Tribunal Constitucional para resolver la inconstitucionalidad de la ley, esto es, con efectos generales y derogatorios, para lo cual es menester que previamente se haya declarado su inaplicabilidad. Dicha resolución debe ser adoptada por 4/5 de los miembros, pudiendo iniciarse dicha acción de oficio o por acción pública. Se trata de un instrumento excepcional que a la fecha solo ha motivado cuatro decisiones relativas a delegación de jurisdicción en materia tributaria, la consignación previa para reclamar sanciones sanitarias, la gratuidad del turno de los abogados y, posteriormente, las facultades de la Superintendencia de Salud referentes a las tablas de factores de sexo y edad en los contratos de salud previsual.

Igualmente, se le entregó la resolución de las contiendas de competencia entre autoridades administrativas y tribunales inferiores. Del mismo modo, el control de constitucionalidad de autos acordados, habiéndose declarado a la fecha solo dos inconstitucionalidades, sea parcialmente (procedimiento disciplinario de ICA de Santiago) o en su totalidad (fijación de 75 años como edad de cese para jueces de policía local).

Debe sí tenerse presente que en nuestro país no se ha producido enfrentamiento con los tribunales o “guerra de cortes”, desde que -a diferencia de lo que ocurre en otros países- en Chile el TC no revisa sentencias ni resuelve “amparos” contra decisiones judiciales. El único efecto que produce la inaplicabilidad es no considerar el precepto legal en el conflicto, nada más. Es el juez, en definitiva, el llamado a dirimir la controversia entre las partes.

Finalmente, en tiempos en los que se habla de revisión del sistema de integración y atribuciones del TC, parece conveniente tener presente que, tal como ocurre en el derecho comparado, resulta necesario que todas las contiendas entre los órganos y autoridades sean conocidas por el TC. Así también lo proponía el Presidente Allende. Igualmente, no parece razonable que ciertas normas emanadas de diversos entes no se encuentren sujetas también al control constitucional.

Mientras el siglo XIX fue la época de los parlamentos, el XX -como recordaba Mauro Cappeletti- es el de la justicia constitucional. No se trata, como suele decirse, de una “tercera cámara”, pues el TC no revisa el mérito de la norma legal y, por lo mismo, no reabre el debate; sino que contrasta la disposición con la Carta Fundamental, dado que esta se aplica directamente y es la principal defensa de las personas contra los abusos y extralimitaciones de la autoridad y los particulares.

En suma, se trata de una institución fundamental para resolver los conflictos de constitucionalidad entre los diversos órganos, teniendo una vida ya casi centenaria en occidente y algo menos de la mitad en Chile; cumplió además un rol esencial en el retorno a la democracia y en la defensa de las garantías constitucionales. Por eso, como nos lo recuerda Favoreu, “no se concibe hoy día un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución”. Y es que, como expresó el gran jurista hispano García de Enterría, una Constitución sin un TC que la interprete y la haga efectiva es una Constitución “herida de muerte”.<sup>16</sup>

Como expresó el gran jurista hispano García de Enterría, una Constitución sin un TC que la interprete y la haga efectiva es una Constitución “herida de muerte”.

Cristián Araya Escobar  
 Contraalmirante de Justicia  
 Armada de Chile



## Arturo Prat, abogado

Su vocación jurídica se manifestó mucho antes de recibir el título de abogado e incluso antes de iniciar formalmente sus estudios de derecho. Una vez recibido pudo conciliar virtuosamente el completo respeto a la jerarquía y al mando naval con un brillante desempeño profesional.



Su memoria de prueba  
 "Observaciones a la lei  
 electoral vigente".



He recibido la amable invitación de esta "Revista del Abogado", órgano oficial de difusión del Colegio de Abogados de Chile A.G., para referirme a la figura de Arturo Prat como motivo inspirador de tantos abogados que, a lo largo de estos ya ciento cuarenta años desde la epopeya de Iquique, han abrazado la abogacía como profesión de sus vidas.

El solo hecho de escribir sobre Prat me imprime una responsabilidad enorme, sabiendo que entre los lectores habrá muchos jóvenes abogados cuyos ideales sobre el Derecho y la Justicia son los mismos que el héroe buscó toda su corta pero prolífica vida, uniendo admirablemente a su profesión de marino la profesión de abogado, de una manera tan elevada, que llegó a fundirlas para siempre en el bronce de nuestra conciencia jurídica nacional.

Su vocación jurídica no fue fácil. Para que Arturo Prat llegara a ser abogado, siendo ya marino en servicio activo, debió compatibilizar esa vida de esfuerzo y largas navegaciones con la obtención de esta segunda profesión. Esta circunstancia permite advertir el fuerte ímpetu que debió experimentar su alma al buscar ser abogado, ya que debió completar previamente sus estudios de Humanidades y luego estudiar Derecho en la Universidad, como alumno libre, mientras cumplía sus deberes de marino, en medio de las exigencias

de la profesión naval y de las duras condiciones de la navegación en pleno siglo XIX.

Arturo Prat estudió derecho mayoritariamente

Arturo Prat  
(primero a la  
izq.), junto a  
su tío Jacinto  
Chacón y Luis  
Uribe.



Muchos piensan que fue esta primera defensa y su éxito, sumada a la influencia de su tío y apoderado, el abogado Jacinto Chacón, lo que encendió en el joven oficial el impulso para estudiar Derecho.

sobre las tecas de las unidades de la Armada, trasladándose cuando podía a Valparaíso y Santiago para rendir sus exámenes. Fue el primer marino que se tituló de abogado en Chile, hermanando ambas profesiones en nuestra cultura republicana y sus valores cívicos.

Tampoco le resultó fácil a Prat su vocación de marino. Ya en 1874 el joven Arturo, ante los peligros que su amada Carmela le representara sobre su carrera naval, le contesta en una carta:

*“La idea de abandonar la Marina me es antipática y, a la verdad, solo impelido por poderosas razones me decidiría a hacerlo. No cuento entre mis defectos la inconsecuencia. Mientras no posea un nombre, si no respetable, al menos de mérito como abogado, debo conservar el de marino, que me lo ofrece, y llevar como accesorio el otro. No tengo ninguna mezquina ambición; los honores ni la gloria me arrastran; pero creo puedo servir en algo a mi país en la esfera de actividad tanto del uno como del otro.”*

Así sentía Arturo Prat estas dos condiciones de marino y abogado, nunca incompatibles y encaminadas ambas hacia el mismo norte de servir a la Patria.

### Brillante defensa

La vocación jurídica de Prat se evidenció mucho antes de recibir el título de abogado e incluso antes de iniciar formalmente sus estudios de derecho. La primera incursión jurídica que registra su historia es en octubre de 1868, contando apenas con veinte años de edad y desempeñándose como teniente 2° de dotación de la “Covadonga”. Ofició entonces de defensor del ingeniero 2° de la nave, Ricardo Owen, quien había sido acusado de incumplimiento de deberes militares e insubordinación. En la defensa desplegada puede comprobarse la aguda inteligencia de Prat, su refinado lenguaje y forma de redactar y, sobre todo, un sentido de la juridicidad absolutamente innato.

Owen fue en definitiva absuelto gracias a la brillante defensa de su novel abogado, quién osó contradecir a su propio comandante en cuanto a su actuación respecto del acusado y también efectuó una

dura pero fundada y constructiva crítica a las deficiencias reglamentarias de la Armada aplicables al caso.

Aparece entonces aquí la primera gran virtud del marino y del abogado, al conciliar el completo respeto a la jerarquía y al mando naval con una inclaudicable labor jurídica, representando la injusticia que se cometeía de acuerdo al derecho vigente, en forma valiente y decidida.

Muchos piensan que fue esta primera defensa y su éxito, sumado a la influencia de su tío y apoderado, el abogado Jacinto Chacón, lo que encendió en el joven oficial el impulso para estudiar derecho.

Pero debió combatir otra batalla judicial solo unos meses antes de recibir el título, esta vez para defender a Luis Uribe Orrego, ese amigo de la infancia y compañero inseparable desde aquellos tiempos en que este llegó de la mano de su madre, proveniente de Copiapó, para incorporarse junto a él a la Escuela Naval.

### Objetividad y rigor ético

Mientras el entonces teniente 2° Luis Uribe se encontraba en Europa, formando parte de un grupo de oficiales al mando del contraalmirante José Anacleto Goñi, para inspeccionar la construcción de varias naves encargadas por la Marina de Chile a Inglaterra, Uribe se enamoró de una joven viuda inglesa llamada Elizabeth Newlove (Morley de casada), con quien

contrajo matrimonio de acuerdo a la ley británica, sin esperar la licencia oficial.

Luego de largas desavenencias y supuestas in-subordinaciones con el almirante Goñi, una vez que Uribe logró regresar por sus propios medios a Chile, se dio paso a un Juicio de Guerra, donde fue condenado a seis meses de prisión y finalmente fue rehabilitado en su grado por el Presidente de la República, don Federico Errázuriz Zañartu.

Prat asumió con pasión la defensa de su amigo en este juicio, desplegando una severa objetividad e imperturbable rigor ético, sin temor a indisponerse con sus superiores y especialmente con el almirante Goñi, quien había sido su comandante y le merecía especial estimación.

Los cargos eran desobediencia y desacato a sus

superiores. Prat comenzó con lo que los abogados llamamos una excepción dilatoria, basada en el hecho que Uribe había sido dado de baja del Escalafón de Marina por Decreto Supremo. En efecto, Prat señala que este decreto, que despojaba a Uribe de su empleo, “debería entrañar también la privación de su fuero militar dejándolo justiciable ante la jurisdicción ordinaria. Y se pregunta en consecuencia: ¿Por qué entonces se somete a Uribe a un consejo de guerra? ¿Por qué se le reconoce fuero de guerra? El fuero solo puede provenir del empleo, y si el señor Uribe goza de él, es incuestionable que aún permanece empleado de marina, que aún es Teniente 1° de la Armada Nacional”.

Luego, en cuanto al fondo, Prat solicita la aplicación de la Ordenanza Naval Española de Grandallana, vigente aún en esa

fecha en Chile, pero con una ingeniosa referencia al derecho internacional privado, en relación a la validez del matrimonio celebrado en Gran Bretaña.

Veamos que dice Prat:

*“El Teniente Uribe remitió, pues, su solicitud a Valparaíso con licencia de su jefe, conformándose así con lo que el Artículo 56, título 1°, Tratado 2°, dispone y poco tiempo después, contrajo matrimonio con la señorita Morley, matrimonio que no siendo válido ante nuestras leyes, equivale solo a un contrato de esponsales todavía por cumplir.”*

Prat no soslaya un incidente donde Goñi, paraguas alzado, se lanza sobre Uribe, pero exculpa completamente al teniente reprochando al almirante que el agredido “quedó impasible con las manos en los bolsillos, recibiendo una lluvia de improperios, ya que los sacudones habían sido oportunamente impedidos por los demás oficiales que se interpusieron”, para concluir diciendo vehemente al Consejo de Guerra que:

*“Es de extrañar, señores, que la residencia de nuestras autoridades en Inglaterra, en la tierra clásica de la libertad, en donde se guardan religiosamente los respetos debidos al individuo y a las leyes, nociones que se respiran en la atmósfera, y que influyen y modifican las convicciones del extranjero, haya influido tan poco en los hábitos autoritarios que son nuestra herencia y que allí se ejercitaban en la persona de nuestro compañero”.*

Y también reprocha audazmente la conducta del ministro de Chile en Francia e Inglaterra, quien había dado curso al decreto de baja de Uribe, al exclamar:

*“Pero, señor, yo me confundo cuando veo que el señor Blest Gana, esa simpática personalidad, esa alta inteligencia, ha obrado aceptando como verdaderos, hechos casi absurdos”.*

Para terminar su brillante defensa Prat sintetiza, y permítanme señalar sus exactas palabras:

*“...Tomando en cuenta todas estas circunstancias, yo, a nombre del derecho desconocido, de la justicia hollada, os pido para mi defendido como la única reparación posible, completa absolución, libertad y reposición inmediata en su empleo, con declaración de que jamás la ha perdido, e igualmente una declaración, que exprese debérsele de abono todos sus sueldos desde el 1° de mayo de 1874 y de no perjudicarle en el ascenso que debió obtener en la circunstancia de hallarse a ese tiempo bajo el peso del decreto de 25 de abril del año próximo pasado”.*

*“Mientras no posea un nombre, si no respetable, al menos de mérito como abogado, debo conservar el de marino, que me lo ofrece, y llevar como accesorio el otro”.*



Al entrar fue detenido por el portero del edificio, quien le manifestó que al tribunal no era permitido entrar con bastón, ni mucho menos con espada, y que tuviera la amabilidad de quitársela.

### Un abogado con uniforme de marino

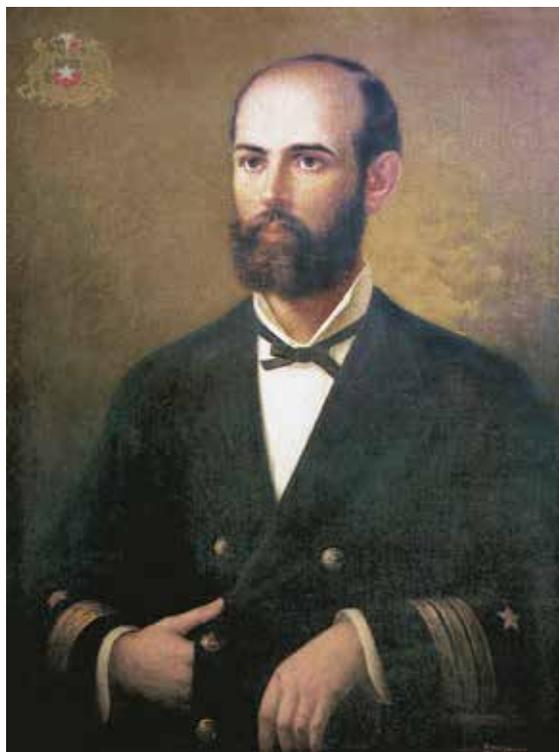
Esta defensa significó que en definitiva Uribe pudiera recuperar su grado en la Marina y fuera destinado como oficial de la “Esmeralda”, encargo de incalculable trascendencia que la Divina Providencia le tenía asignado, para relevar a Prat durante el Combate Naval de Iquique, tan pronto este cayera muerto sobre la cubierta del Huáscar.

Pues bien, en 1872 el joven Arturo solicitó al Consejo Universitario en Santiago autorización para rendir los exámenes sobre el Código Civil, Constitución Política y Derecho Penal en calidad de alumno libre; en 1874 recibió el grado de Bachiller en Leyes; en julio de 1876 aprobó los últimos exámenes de la carrera; y, finalmente, obtuvo la licenciatura en derecho a los veintiocho años de edad, tres años antes de inmolarse en la rada de Iquique.

Su memoria de prueba, uno de cuyos ejemplares originales se custodia en una caja de vidrio y madera en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, versó sobre “*Observaciones a la lei electoral vigente*”, donde defiende el secreto del voto y promueve interesantes modificaciones a su contenido.

En esta singladura que debió navegar Arturo Prat para llegar a ser abogado, existe un punto cardinal que nos revela cómo este brillante marino traza un mismo rumbo para el Servicio Naval y el derecho.

En efecto, el día 31 de julio de 1876, cuando nuestro héroe debía apersonarse en la Corte Suprema de Justicia para rendir su examen final, se vistió, como corresponde al protocolo naval, con su impecable uniforme de parada y su espada ceñida al cinto, llamando poderosamente la atención a todos quienes circulaban por el recinto de los tribunales, pues nunca se había visto a un marino en servicio activo, de uniforme, efectuando los trámites para recibir el título de abogado.



Al entrar fue detenido por el portero del edificio, quien le manifestó que al tribunal no era permitido entrar con bastón, ni mucho menos con espada, y que tuviera la amabilidad de quitársela.

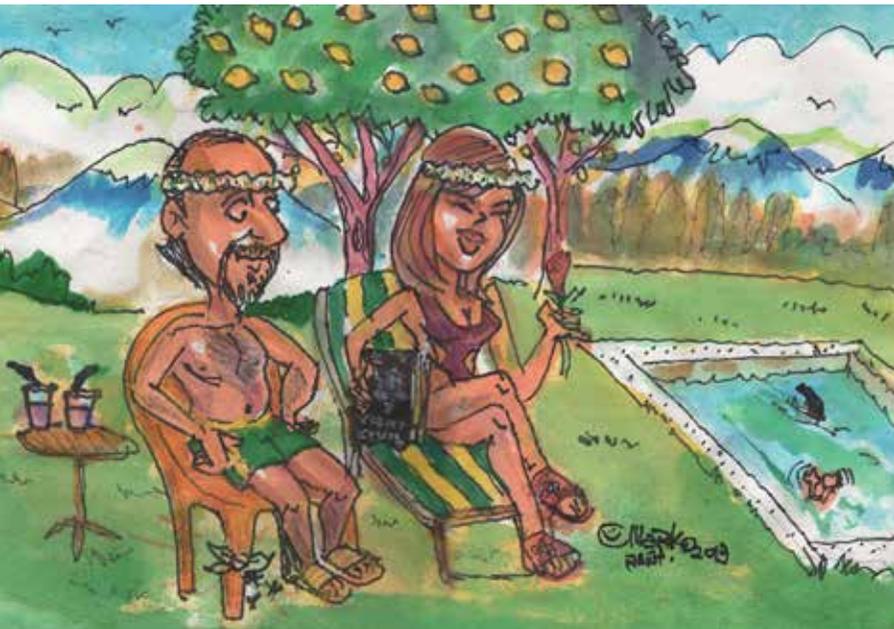
Arturo Prat, al recibir esta solicitud tan perentoria, no dudó en entregar su espada e ingresar al salón de la Corte despojado de este emblema de autoridad, que desde los días de Roma y aún antes, es un arma altamente personal y de importancia simbólica. La entrega del sable por parte de un oficial en combate es tomada como señal de rendición y en pasadas guerras fue costumbre partirlo en dos cuando el oficial era despedido sin honor.

Sin embargo, Prat, solo por respeto irrestricto al derecho, consintió por única vez en su vida desprenderse de su espada, para volver a tomarla muy poco tiempo después, ya fundida con el fuego de la Justicia, en el momento postrero de Iquique, donde murió aferrado a ella como la prenda más preciada de su honor y de la gloria de la Patria.

¡Qué enseñanza colosal! Su espada cedió dócilmente ante la Justicia, pero se mantuvo firme y alzada ante el enemigo, sintetizando entonces, admirablemente, la profunda simbiosis del abogado y del marino, cuya figura emerge inmarcesible hoy y cada 21 de mayo, desde las profundidades de Iquique para recorrer cada rincón de la Patria. 🇨🇱



## Amortículos El Código Civil en clave romántica



**E**s sábado en la mañana. Ya ha salido el solcito reponedor y me dispongo a echar mis cansados huesos abogadiles en mi reposera preferida junto a la piscina. Aún el calor del verano mantiene sus últimos rescoldos, por lo que me echaré a leer las apocalípticas “21 lecciones para el siglo XXI” de Harari, libro que me ha hecho valorar las seis décadas que han transcurrido desde mi nacimiento, ya que lo más probable es que la acumulación etérea me libraré de ser testigo presencial de la extinción de los empleos, las dictaduras digitales, el mundo robótico y las demás amenazas del futuro que augura Harari. Cuando ello ocurra, seguramente ya seré inquilino del patio de los callados, o quizás moraré hecho polvo en una urna, según lo decidan mis deudos, ya que me resisto a ser yo quien tome alguna decisión sobre ese sombrío particular. Pues bien, apenas llego a la reposera descubro que

Con envidiable relajo, nuestro cronista se apresta a pasar una mañana de sol y tranquilidad, pero ¡ay, no todo puede ser perfecto! Su hija cuasi abogada lo reta a descubrir a un romántico Andrés Bello en numerosos artículos escritos en ocultos mensajes de amor poético.

mi hija Ximena -cuyo nombre de fantasía es Xime-, cuasi abogada, pues logró sortear con éxito el escollo de la licenciatura y ahora está terminando la práctica, la ha ocupado descaradamente.

-Cuasi colega -le digo entonces-, le advierto que tengo un derecho real sobre esa cosa corporal, cual es la reposera, por lo que me asiste el derecho de gozar y disponer de ella arbitrariamente.

-¡Dónde la viste, Kuki! -me responde insolentemente, haciendo uso del apodo humillante con que me denomina-. Hasta donde sé, se trata de una *res nullius* que puede ser adquirida por ocupación, así que termina con tu tinterilleo y arrímate esa silla plástica, que te quiero desafiar a una competencia de amortículos -señala, apuntando con el dedo índice a una destaralada silla bajo un limón, que utilizamos para extraer los frutos cítricos que produce el abnegado árbol, cuyas rodela aromatan los vodka-tonics a los que somos asiduos con la Clarita-.

Sorprendido por el descaro de la Xime y picado por la curiosidad acerca del significado de la extraña expresión “amortículos”, voy dócilmente a buscar la silla, descubriendo que una de las patas se quebró y está remendada a medias con un alambre. Me siento en

ella con cuidado, advirtiéndole que no debo moverme mucho ya, que la butaca de polímeros se bambolea y amenaza con volcarse.

-¿Y qué es eso de los amortículos? -le pregunto, porque el término me ha picado la curiosidad.

-Bueno, Kuki, ya te conté una vez que yo soy una poetisa jurídica. Veo la profesión desde la perspectiva de la expresión artística de la belleza por medio de la palabra. ¿Te acuerdas de mi poesía "Divagaciones de fin de semestre?". Y se pone a recitar: "*No sé en qué pensaba al tomar mis electivos: ambiental, familia y laboral colectivo. Lo cierto es que mi mail está lleno de archivos, mientras los ojeo de ellos me siento cautivo. ¡Ay! Cómo anhelo poder tomar un bajativo/en la playa, viendo el mar con un buen aperitivo*".

-¿Y a qué viene todo eso? -acoto.

-Pues que uno de los elementos más importantes de la poesía es el amor, y descubrí que en ninguna parte del Código Civil se encuentra esa hermosa palabra. Ni siquiera en la definición del matrimonio. Sin embargo, tengo la impresión que don Andrés Bello era un hombre romántico reprimido, por lo que redactó muchos artículos pensando en el amor humano, de manera tal que sustituyendo algunas palabras por "amor" o expresiones afines, se le da a varios artículos un hermoso significado poético. ¡Sí! Aunque no lo creas, don Andrés era un romántico que nos habló en clave de amor poético en numerosos artículos, que yo he llamado "amortículos", y te reto a descubrirlos -me dice desafiante-.

Pienso para mis adentros que el reverenciado don Andrés más que romántico era un hombre picarón, más proclive a las pasiones carnales que a los devaneos del corazón. De allí la conocida anécdota -lo más probable una *fake news* de la época, pero por algo se la habrán colgado- de haber sido pillado por su mujer con las manos no precisamente en la masa sino en las redondeces de la mucama sentada en su regazo. Ante ello -continúa la anécdota- su cónyuge, con todo su flematismo inglés, le habría espetado: "Andrés, estoy sorprendida, oouh". Y él, purista del idioma en toda circunstancia, aún en la vergonzosa aquella, habría respondido: "Mujer, yo soy el sorprendido, tú estás más bien atónita".

### Sincronía romántica

Advierto con una pequeña impaciencia que, como si no bastara con la reverencia que le prestamos a don Andrés por la redacción del Código Civil, mi hija le ha agregado ahora a su altar la velita de una admiración romántica. Sin embargo, me callo mis pensamientos, ya que sería una crueldad demoler la ilusión de mi ingenua hija.

-Creo que no te entendí bien lo de los amortículos. ¿Me podrías dar un ejemplo?

Extrae entonces de su bolso un ejemplar del Código Civil, entre cuyas hojas hay una rosa roja con su tallo que le sirve de separador.

-Aquí tengo marcado el primero -señala- y lee con una voz solemne que me recuerda a las recitaciones de Neruda: "Amortículo 1004: la facultad de amar es indelegable".

Nos quedamos un momento en silencio. Realmente me ha sorprendido la agudeza de mi hija y ya estoy dudando de si efectivamente don Andrés habrá sido un romántico reprimido, cuya sensibilidad la manifestó dejando artículos en clave en nuestro *Corpus Iuris Civile*.

Entretanto, noto que la patita de la silla plástica que he debido ocupar ante la usurpación artera de mi reposera empieza a tambalearse, por lo que me arrellano en la nalga opuesta a la del balanceo para recuperar el equilibrio.

-¿Te convenciste, Kuki? -continúa-. Ahora te desafío a que encuentres tú un amortículo. Pero te facilitaré la tarea. La rosa actúa como un verdadero imán poético, así que haz correr las hojas del Código e inserta al azar el tallo en una página y te sorprenderás: encontrarás un amortículo.

Me someto a la experiencia con escepticismo, y cuál no será mi sorpresa cuando el tallo marca la primera página del Código, con el siguiente amortículo que leo ya con el espanto de asistir a un suceso sobrenatural, puesto que al sustituir algunas palabras por amor o afines, advierto que este ha adquirido un sentido verdaderamente romántico.

Como si no bastara con la reverencia que le prestamos a don Andrés por la redacción del Código Civil, mi hija le ha agregado ahora a su altar la velita de una admiración romántica.

**Mensajes en clave**

“Amortículo 1: El amor es una declaración de la voluntad soberana, que manifestada en la forma prescrita por el corazón, manda, prohíbe o permite.”

A continuación la Xime cierra los ojos y hace revolotear el tallo de la rosa por el Código hasta atrapar una página, y lee:

“Amortículo 14: El amor es obligatorio para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”.

Me toca a mí entonces, y leo:

“Amortículo 2126: Puede haber uno o más amores, y uno o más destinatarios”.

Aquí esbozo una pequeña sonrisa, ya que me parece que este amortículo refleja en forma certera la personalidad de don Andrés, pero mi hija afortunadamente no capta la ironía.

Y así pasamos la mañana descubriendo numerosos amortículos, algunos de los cuales copio para convencer a ustedes de este mensaje en clave que don Andrés ocultó en nuestro Código:

“Amortículo 1007: El amor en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes”.

“Amortículo 80: Se presume muerto el amor que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que pasan a expresarse”.

“Amortículo 2: La costumbre no constituye amor sino en los casos que el corazón se remite a ella”.

“Amortículo 9 inciso primero: El amor puede solo disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo”.

Hasta que el tallo de la rosa, la cual ya ha perdido casi la totalidad de los pétalos con tanto trajín, me marca el siguiente amortículo:

“Amortículo 2013: El amor es un contrato solemne en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan”.

Nos quedamos en silencio un momento, y pienso que el espíritu de don Andrés está revoloteando sobre la piscina de mi domicilio, ya que la definición lo refleja de cuerpo entero.

-Ese no es un amortículo -me dice entonces la Xime, irritada-. Para mí que lo escogiste tú deliberadamente

para burlarte y no el tallo de la rosa. De partida, el amor no es un contrato solemne”.

-¿Cómo que no? -le contrargumento-. Tienes que considerar la solemnidad en un sentido romántico, es decir, como una manifestación de voluntad que se produce no en un momento de jolgorio o superficialidad, sino en un momento especial, como podría ser un atardecer o a la luz de la luna.

-Juum... ¿y eso de que es entre dos o más personas? -insiste-.

-Bueno, don Andrés tenía un espíritu universal, y no quiso discriminar a las culturas donde la poligamia es aceptada -me defiendo-.

-Eso de poner algo en común me parece de una suggestividad simplemente ordinaria, por lo que creo que este no es un amortículo y que chacreaste este juego. Más bien lograste encontrar un ordinariortículo -replica irritada-.

**Mala pata**

De pronto se oye la voz autoritaria de la Clarita: -¡Rodrigoooo!...Hasta cuando estás flojeando en la piscina. Tienes que levantarte, ya que debemos ir al supermercado y a la lavandería y me tienes que acompañar al mall porque tengo que retirar un vestido que me compré.

La cruel irrupción de la realidad de las tareas hogareñas en el mundo de la tranquilidad de la piscina, sumado al abrupto final de los amortículos me hace cambiar la nalga de apoyo en la sillita, y al hacerlo la pata inestable se quiebra y ruedo aparatosamente por el suelo.

-¡Por las heces de Ulpiano!-grito (la verdad es que la expresión que usé no fue aquella sino una vulgarmente similar), mientras la Clarita se abalanza asustada a ver si su cónyuge y colega se ha quebrado algo, advirtiéndome aliviada que la caída solo ha provocado magulladuras en el orgullo.

En tanto, la Xime me dice que he sido presa del amor fortuito y se apresura a leerme entre risas el siguiente amortículo:

“Amortículo 45: Se llama amor fortuito el imprevisto al que es imposible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.... y la maltrecha pata de una sillita plástica”, agrega de su cosecha. 🐾

Don Andrés tenía un espíritu universal, y no quiso discriminar a las culturas donde la poligamia es aceptada -me defiendo-.

## La responsabilidad contractual

**Enrique Alcalde Rodríguez**

*Ediciones UC, Santiago, 2018, 777 páginas.*

El profesor de derecho civil de la Universidad Católica Enrique Alcalde Rodríguez ha lanzado una nueva obra: un tratado sobre responsabilidad contractual, que lleva un prólogo de Víctor Vial del Río. A diferencia de lo que ocurría hace algunas décadas, hoy día en nuestro país se escribe mucho de derecho y hay obras notables. Pero



la regla es que se escriba sobre materias o problemas muy específicos. Este nuevo libro, en cambio, se ocupa de una institución general, la responsabilidad contractual analizada en su totalidad y actualizada con las últimas normas y tendencias del derecho. Así, el autor se atreve a incluir materias que tradicionalmente han quedado en manos de otras disciplinas, como la del derecho procesal, al referirse -a propósito de los derechos auxiliares del acreedor- a las medidas cautelares; o, por ejemplo, al estudiar en el caso del derecho comercial el interés de los accionistas minoritarios de una sociedad; o la figura de la auto contratación en la constitución de sociedades; todo ello mirado desde el punto civil de la responsabilidad contractual civil.

De este modo, el abogado que desee tener un panorama completo y actualizado al año 2018 de la responsabilidad contractual, a través de este volumen podrá abordar de modo íntegro dicha materia, con una perspectiva moderna. Los estudiosos del derecho también encontrarán aquí valioso material para desentrañar añejas dudas como las que provoca, a propósito del estudio de la causa, la diferencia entre la causa del contrato y la de la obligación, o todas las incidencias que ello tiene en materia de teoría de los ries-

gos, la imposibilidad de cumplimiento, la lesión y la imprevisibilidad. La difícil teoría de la causa encuentra así aplicación práctica a situaciones diversas y muy relevantes en la práctica diaria de la profesión en temáticas de efectos de los contratos.

En ese mismo sentido, esta obra analiza de modo integral, vinculado siem-

pre a la responsabilidad contractual, materias que, como decíamos anteriormente, hoy se abordan en monografías particulares, a las que se debe acceder una por una.

Por el contrario, acá se encuentra un minucioso análisis general de cuestiones como la declaración unilateral de voluntad; la simulación; el fraude a la ley; el debatido y actual problema que se presenta ante la excepción de pago que opone el deudor demandado de resolución de un contrato; los efectos del incumplimiento de la obligación previsto en un pacto comisorio; la cláusula de terminación del contrato por decisión de una de las partes; la resolución por incumplimiento de obligación en un contrato unilateral; la renuncia a la acción resolutoria y a la acción de cumplimiento del contrato; la prescripción de la acción resolutoria; el deber del acreedor de mitigar los daños; la interferencia en contrato ajeno; el caso fortuito; la acción pauliana, y la acción subrogatoria, entre otras.

En fin, se trata de un libro que todo abogado debiera tener en su biblioteca si desea contar con material al día y en un solo volumen, para acceder de modo rápido y completo al actual estatuto de la responsabilidad contractual en Chile. ⚖️

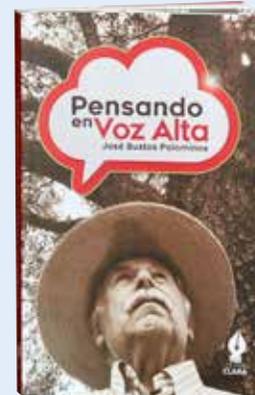
**Por Pedro Pablo Vergara Varas**

## PENSANDO EN VOZ ALTA

**José Bustos Palominos**

*Ediciones Letra Clara, Santiago, 2018, 310 + 8 páginas.*

Este libro, primero del autor, es la recopilación cronológica de algunos versos escritos en un comienzo como estudiante del primer ciclo de humanidades en el Seminario Capuchino de Paine, luego en el Liceo Fiscal de San Antonio y en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, de la cual egresó en 1966, y después como profesional.



## LA ELUSIÓN TRIBUTARIA: LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA ELUSIÓN

**Rodrigo Ugalde Prieto**

*Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2018, 311 páginas.*

El autor analiza el procedimiento, tanto administrativo como judicial, establecido en nuestro Código Tributario para la declaración de las figuras de abuso de las formas jurídicas o simulación establecidas por los artículos 4° ter y 4° quáter, respectivamente, del referido cuerpo de leyes. Se trata de un texto de gran utilidad para estudiantes y profesionales del área tributaria.



## Siete maravillas musicales

En tiempos de la antigüedad helénica era una costumbre arraigada que sus exploradores, sabios, filósofos y escritores viajaran fuera de Grecia, tomando contacto con distintas y avanzadas culturas como Egipto, Babilonia o Persia. Como resultado de estas peregrinaciones, a través del tiempo se crearon diversas listas con detalles de palacios, edificios, tumbas y construcciones de excepcional calidad, nóminas a las que se le dio el nombre de “themata”, que en griego significa cosas que necesariamente hay que conocer. Este es el origen de lo que se ha dado en denominar Las Siete Maravillas del Mundo Antiguo, listado confeccionado por diferentes autores, entre otros, los historiadores Diodorus Siculus y el gran Heródoto.

Al respecto, es dable recordar que tales maravillas eran las siguientes: en primer lugar, la Gran Pirámide de Gizeh, en Egipto, edificada en el año 2561 a.C. por orden del faraón Keops, y la única de estas maravillas existente en la actualidad. Las restantes están constituidas por los Jardines Colgantes de Babilonia, hoy Irak, contruidos por el rey Nabucodonosor II; la Estatua de Zeus, en Olimpia, Grecia, obra del escultor Fidias; el Templo de Artemisa en Éfeso y el Mausoleo de Halicarnaso, en la actual Turquía; el Coloso de Rodas en Grecia, y el Pharo de Alejandría en Egipto.

Según es de conocimiento general, cada cierto tiempo los músicos, críticos y aficionados a la música selecta confeccionan listas de las que serían las Siete Maravillas de la Música a través de la historia, consistentes en las mejores obras de los más célebres compositores, habida su calidad y trascendencia. De esta forma se efectúa un símil con las de los antiguos helenos.

Obviamente estas nóminas no concitan la unanimidad de pareceres, no obstante lo cual al menos se estima que, en general, una de las más aceptadas sería la siguiente: en primer lugar, la “Sinfonía N°9 Coral”, de Ludwig Van Beethoven, cuyo coro final, basado en la “Oda a la Alegría” de Schiller, se ha constituido en un verdadero himno a los derechos de la humanidad, y en el que se inspiró Gustav Mahler para componer sus sinfonías corales.



En segundo lugar, y sin lugar a dudas, existe una gran coincidencia en que la “Pasión según San Mateo”, del gran Johann Sebastian Bach, es una de las obras más trascendentes de todos los tiempos, dada su fuerza dramática, espiritual y emocional y su perfección técnica. Cabe recordar que el genio de Félix Mendelssohn fue quien redescubrió y dirigió en 1829 esta composición, la que por mucho tiempo se encontraba absolutamente olvidada.

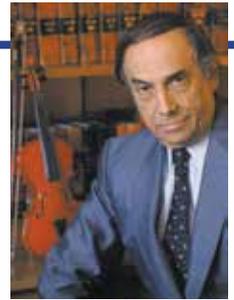
En tercer lugar, y por la importancia trascendental para la evolución de la música moderna, se incluye la “Consagración de la Primavera” de Igor Stravinsky, estrenada en París en 1913, en razón de su revolucionaria música de vanguardia.

En cuarto término, se menciona el ciclo “El Oro del Rhin” y también la ópera “Tristán e Isolda” del gran Richard Wagner, genio absoluto que no solo componía la música de sus obras, sino también escribía los libretos y diseñaba los vestuarios y escenarios de las mismas.

En quinto lugar, se suele ubicar la célebre “Misa en Si Menor” (1733) del antes referido Johann Sebastian Bach, considerada como una de las más excelsas manifestaciones de arte religioso de todos los tiempos.

En el sexto lugar, el sublime oratorio “El Mesías” (1742) del célebre G. Friedrich Haendel, el cual, al decir de los especialistas constituye uno de los mayores testimonios humanos de fe y de recreación del Nuevo Testamento.

Y, finalmente, en séptimo término, existe una general aceptación respecto a las óperas “Las Bodas de Fígaro” y “La Flauta Mágica” de Wolfgang A. Mozart, una de las personalidades más geniales de todos los tiempos.



Lamentablemente, en esta limitada nómina se han omitido las obras de excelentes compositores como Vivaldi, Schubert, Brahms, Haydn, Schumann, Chopin, Liszt, Richard Strauss, Mahler y los dodecafonistas Schoenberg y Berg. Asimismo, tampoco quedaron incluidos los operistas italianos Monteverdi, Verdi, Puccini y Rossini, además del francés George Bizet.

Por otra parte, estimamos del caso efectuar algunas menciones de los más célebres intérpretes de música docta, quienes en general concitan la adhesión de los especialistas en la materia. En el campo de los pianistas más notables, aparte de Franz Liszt y Frederic Chopin, ambos igualmente excelentes compositores, cabe destacar a Ignacy Jan Paderewski -quien fuera también Primer Ministro de Polonia- y Arthur Schnabel, en cuyo repertorio era casi insuperable.

Otros intérpretes excepcionales son Vladimir Horowitz y Artur Schnabel. Asimismo, Walter Gieseking, quien junto a Arturo Benedetti Michelangeli son considerados los máximos intérpretes de las obras del creador del impresionismo en música, Claude A. Debussy.

Dentro de la inmensa pléyade de pianistas extraordinarios, deben destacarse Sviatoslav Richter, Emil Guilles y Claudio Arrau, cuyas interpretaciones se califican entre las mejores de todos los tiempos. Cabe mencionar los casos especialísimos de Daniel Barenboim, quien además de ser un excelente pianista es uno de los mejores directores de orquesta de la actualidad, y del canadiense Glenn Gould, quien revolucionó la forma de tocar la música de J. S. Bach en el piano, particularmente en sus obras denominadas “El Clavecín Bien Tem-

perado” y “Variaciones Goldberg”, respectivamente.

Por su parte, respecto de las pianistas más afamadas debe recordarse a Clara Schumann, Clara Haskil, Alicia de Larrocha y Martha Argerich.

A su vez, entre los grandes violinistas de la historia, cabe señalar en primer término a Niccolò Paganini, cuya inigualable destreza y musicalidad asombró a sus contemporáneos al extremo de atribuirle pactos infernales.

Otros destacados violinistas fueron el belga Eugene Isaye, y el que es considerado el más perfecto intérprete de la historia, esto es, Jascha Heifetz, lituano, quien con un amplísimo repertorio constituyó un modelo para toda una generación de ejecutantes. También destacó como intérprete el famoso Fritz Kreisler, quien además fue un buen compositor y asimismo un destacado pianista.

De igual manera, deberíamos recordar entre los grandes violinistas del pasado a Yehudi Menuhin, Mischa Elman, Pablo de Sarasate y en la actualidad, a Itzak Perlman, cuya excepcional calidad técnica, refinamiento y buen gusto lo distinguen entre tantos otros brillantes ejecutantes.

Para finalizar, entre las violinistas contemporáneas más destacadas cabe nombrar a Anne Sophie Mutter, Sarah Chang y Viktoria Mullova.

De este modo, a guisa de colofón, tal como en el caso de nuestros antepasados que conocieron las así denominadas Siete Maravillas del Mundo Antiguo, nosotros también hemos tenido el privilegio de apreciar, gozar y disfrutar de lo que podríamos llamar las Siete Maravillas del Mundo de la Música Selecta de todos los tiempos. 🎻

## Erasmus de Rotterdam (1466-1536) “Príncipe de los Humanistas”

Algunos de los desvíos morales que hoy se observan al interior de la Iglesia Católica se vivenciaban también, de modo contundente y sonoro, en la iglesia de la época renacentista, durante los siglos XV y XVI. Desiderius Erasmus van Rotterdam no fue indiferente a ello, y aun habiéndose ordenado sacerdote de la orden de los Canónigos Regulares de San Agustín, denunció en sus obras, con bastante ironía, el descaro y la inconsecuencia de autoridades eclesiásticas y clérigos. Acusó la disciplina que se aplicaba respecto de los niños, mientras los monjes contrariaban con relajo los valores y principios que enseñaban. Al momento de indagar sobre el carácter melancólico de Erasmo -que algunos autores han remarcado-, y que se hace muy evidente en la mirada del retrato que le hizo el pintor flamenco Hans Holbein el Joven en 1523, cabe tener en cuenta que fue hijo sacrílego y quedó huérfano a los 13 años; además, seguramente él mismo fue víctima de aquellas inconsistencias morales mientras pasó parte de su infancia en el monasterio.

Quizá el rasgo más característico y valioso de este respetado teólogo (estudió Teología en la Universidad de París) y filósofo, fue el hecho que siempre resguardó su libertad de pensamiento, su independencia como intelectual que creaba obras de “pensamiento puro”. Prueba de ello es que en pleno periodo de la reforma protestante, no se dejó presionar por Martín Lutero, quien le rogaba asumiera un rol como líder de esta, ante lo cual Erasmus continuamente se negó. Pero tampoco tomó partido absoluto por el papado: condenó la bula de excomunión de Lutero y se manifestó en contra de la escolástica formalista, afirmando que se había perdido la simplicidad evangélica de la Iglesia. Convencido amante de la libertad y de la espiritualidad auténtica (imitación de Cristo), rechazó cargos académicos y promociones eclesiásticas, y optó por trabajar en una imprenta. Veneraba tanto a Cicerón como a San Pablo. No exento de vanidad, podemos verlo mientras escribe, en otro retrato de Holbein que se encuentra en el Louvre.

Su obra más conocida -pero no la más importante- es *“Elogio de la Locura”* (en Latín *“Moriae Encomium”*, publicada en 1511), escrita durante su viaje de Italia a Inglaterra y dedicada a su amigo también humanista y teólogo Tomás Moro. En ella describe la “locura” (necedad) de las distintas clases sociales y especialmente critica los abusos cometidos por la Iglesia.

Conocido como el “príncipe de los humanistas”, destacó por su perseverante estudio y traducción de textos clásicos



“Retrato de Erasmo de Róterdam” (Óleo sobre tabla), Hans Holbein el Joven, 1523, Louvre, París.

de la antigüedad grecolatina; ámbito en el que encontraba la tan añorada libertad. En los “Adagios”, colección de proverbios griegos y latinos, trabajó toda su vida, iniciándola con 690 de ellos hasta que completó 4.500. Como humanista cristiano, buscó los textos más auténticos de las escrituras sagradas. *“Nuevo Testamento en Griego”*, de 1516 (luego traducido al Latín), fue su obra más trascendente desde el punto de vista histórico, ya que Martín Lutero tomó como base esa traducción para desarrollar las ideas del protestantismo. Además, quiso que los Evangelios estuviesen al alcance de todos, así en *“Paráfrasis del Nuevo Testamento”* los explica de forma sencilla. Esta obra se tradujo a las lenguas vulgares



"Retrato de Erasmo de Róterdam con pilastra renacentista", Hans Holbein el Joven, 1523, National Gallery, Londres.



"Retrato de Erasmo" (Tiza negra en papel), Alberto Durero (Albrecht Dürer), 1520, Museo del Louvre.



"Retrato de Erasmo" (Grabado), Alberto Durero, 1526, Metropolitan Museum of Art.

de cada país europeo. Pero también encontramos en Erasmo obras que develan su sensibilidad y su filosofía más existencial, en libros como "Sobre la enseñanza firme pero amable de los niños" de 1528 y "Preparación para la muerte" de 1534.

Mucho de su carácter e ideas se conoce hoy por la nutrida correspondencia (más de 3.000 cartas) que mantuvo con amigos, políticos y filósofos, quienes, conociendo su moderación, pedían su consejo. Recordemos aquí que fue consejero del emperador Carlos V, para quien escribió "Educación de Príncipe Cristiano". Erasmo logró la admiración de sus contemporáneos, y como le gustaba mucho la obra gráfica de trazos negros del renacentista alemán Alberto Durero, le pidió personalmente a este que lo retratase por medio del grabado y tiza negra, con la finalidad de enviar su imagen a los destinatarios de sus cartas y obras.

Puede hablarse de Erasmo en tres palabras, como un ser independiente, viajero y crítico del mundo que le rodeaba. Veamos algunos ejemplos de esto: si bien concordaba con Martín Lutero en la necesidad de una reforma, no aceptaba la violencia, inclinándose por un cambio basado en la extensión de una mayor ilustración. Es conocida la frase con que la Iglesia lo acusaba de estar en el germen de la reforma protestante: "Usted puso el huevo y Lutero lo empolló", ante lo cual Erasmo se defendía, expresando: "Sí, pero yo esperaba un huevo de otra clase", manteniendo una postura intermedia entre ambos bandos. Por otra parte, nunca tuvo cargos de permanencia. Así, durante su estadía en Inglaterra bajo el reinado de Enrique VIII, solo por un tiempo, fue profesor de Teología en la Universidad de Cambridge.

Sin duda alguna Erasmo encarnó al nuevo hombre humanista-renacentista, que indaga en el mundo clásico grecolatino la sabiduría de la antigüedad, que cuestiona los métodos medievales escolásticos, que se ríe de la naturaleza humana y que al mismo tiempo la ensalza. Ello, llegando a creer que, precisamente, la necedad o locura es el componente básico de la espontaneidad del hombre y, más aún, elemento clave de la felicidad, dado que el exceso de razón torna duro el corazón del hombre. Sobre su vida íntima hay algunas zonas más grises que ciertos autores no han querido pasar inadvertidas, como por ejemplo el hecho de que contrajo sífilis en Lovaina o que escribía a Roger Servais declarando su amor. Nada de lo cual debería, en todo caso, opacar o poner en duda su gran aportación como Humanista Cristiano. 🙏



## ¿Pontificia Universidad de Chile?

¿Dónde vemos mejor la debilidad de la educación superior chilena? En las corporaciones que forman al sector dirigente de la sociedad, las más complejas y más antiguas. Ahí hay que tomarle el pulso a la educación chilena. Pero la mayoría de sus profesores cree (y difunde entre sus alumnos) mitos o posverdades acerca de su propia historia institucional, incumpliendo la primera de las obligaciones de las universidades: preservar, transmitir y aumentar el conocimiento.

¿Cómo surgió la (hoy) Pontificia Universidad Católica de Chile? Sus autoridades y profesores sostienen que de la Iglesia Católica Apostólica Romana. Llamaré a esta posverdad el mito Vaticano-céntrico. Pero la realidad es otra. La Universidad Católica surgió de un éxodo de profesores de la Universidad de Chile, católicos devotos que veneraban a don Andrés Bello y su legado, que se rebelaron en contra de la creciente fuerza de la francmasonería en las postrimerías del siglo 19.

La herencia moral e intelectual de Bello tambaleaba. Por eso, encabezados por su Moisés y su Aarón, los abogados don José Clemente Fabres, decano de la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile hasta 1888 y don Abdón Cifuentes, miembro de la Facultad de Filosofía y Humanidades, decidieron abandonar dicha universidad y fundar otra casa de estudios. Pero la Facultad de Teología de la Universidad de Chile graduó a todos los futuros sacerdotes chilenos a partir de 1843. ¿Acaso algún cura chileno hasta el segundo tercio del siglo 20 no consideró a la Universidad de Chile su casa? Ninguno. ¿Qué sentido pudiera haber tenido para el Vaticano promover la creación de una



universidad católica antes de divorciarse de la República de Chile en 1925? Ninguno. Entonces, ¿por qué el arzobispo de Santiago dio respaldo jurídico canónico en 1888 a la fundación de la Universidad Católica? Porque los profesores ultramontanos rupturistas fueron respaldados por los más acaudalados terratenientes del Valle Central.

Encabezó este respaldo el abogado, ministro, parlamentario y presidente del Partido Conservador

don Ventura Blanco Viel, quien luego haría clases en su Facultad de Leyes. Sus restos mortales, vale la pena recordarlo, fueron despedidos en 1933 por el entonces presidente de los estudiantes de la Universidad Católica, el futuro abogado don Eduardo Frei Montalva (quien, treinta años después y luego de su expulsión de ella como profesor de derecho laboral, fue el primer egresado de esa universidad en ejercer la jefatura del Estado). En 1888, una vez más, la jerarquía tuvo que inclinarse ante el poder del dinero.

La Facultad de Teología de la Universidad Católica se fundó recién en 1935, una década después del divorcio por mutuo acuerdo de la República de Chile y la Iglesia Católica Apostólica Romana. Las clases comenzaron en 1939, medio siglo luego de la fundación. Recién entonces Roma concedió el título (vacante desde 1925) de "pontificia" a dicha corporación. La Pontificia Universidad Católica, al igual que la Universidad de Chile, fue una creación de chilenos.

### 180 años de la Universidad de Chile

¿Conocen mejor su historia institucional los profesores de la Universidad de Chile? Por cierto que no. La mayoría cree

otra posverdad, el mito Bello-céntrico. A saber, que la Chile sería una corporación masónica, fundada por el supuesto masón don Andrés Bello, quien habría sido su primer rector. Pero ni don Andrés la fundó, ni fue masón ni tampoco el primer rector. Según un decreto que firmó el presidente Joaquín Prieto, a partir del 17 de abril de 1839 quedó “extinguido... el establecimiento literario conocido con el nombre de Universidad de San Felipe” y se estableció “en su lugar una casa de estudios jenerales que se denominará Universidad de Chile”. Es decir, la Universidad de Chile cumplió 180 años el mes pasado, a pesar de la *belle indifference* de sus autoridades y de lo que sostiene su página web.

El artículo quinto del decreto zanja quién fue su primer rector: *Ínterin se establece la superintendencia de educación pública, se discute el plan jeneral de educación nacional y se publican las ordenanzas de la Universidad de Chile, ejercerá las funciones de rector de ésta, el que lo es actualmente de la Universidad de San Felipe...*

Es decir, el primer rector de la Universidad de Chile fue el abogado, doctor en derecho y presbítero tardío (se ordenó solo luego de enviudar, a los 37 años) don Juan Francisco Meneses, la eminencia gris del “peluconaje” católico. El mito Bello-céntrico fue introducido por el rector don Diego Barros Arana casi treinta años después de muerto don Andrés. La ley ordenaba a la Universidad dar cuenta de sus trabajos durante el año anterior en el aniversario de su instalación del 17 de septiembre de 1843. Pero en esa fecha, en 1892, Barros Arana celebró lo que él denominó su “quincuagésimo aniversario”. El mito Bello-céntrico fue consagrado el 19 de noviembre de 1942, cuando con ocasión del centenario de la ley que dio rentas a la Universidad (ya no el día antes del aniversario patrio), el también abogado, rector y masón Juvenal Hernández Jaque conmemoró “el centenario de la Universidad de Chile”.

El mito Bello-céntrico recortó el pasado católico y colonial o indiano de la Universidad, dos siglos y dos décadas. ¿Con qué fin? Ampliar las esferas de la libertad. Este es, en todos los niveles, junto con la promoción del respeto, la productividad y lo festivo, el propósito último de toda educación digna de ese nombre. Limitar el poder de la Iglesia Católica fue la gran lucha que impulsó la francmasonería a partir de la segunda mitad del siglo 19. Pero esa lucha cesó hace mucho. Y está claro qué facción perdió y qué facción ganó.

## Religión “boutique”

En 1818, cuando se consolidó la independencia política de Chile, la población rozaba el millón de personas. Entre curas y monjas, había entonces 10.000 personas consagradas a la “profesión” de la fe. Para mantener dicha proporción con la actual población, Chile debiera tener hoy casi 200.000 consagrados. Pero, según las estadísticas de la propia Iglesia Católica chilena, su total hoy no alcanza los 7.000. ¡Cien veces menos! Había más curas y monjas en Chile hace dos siglos que hoy. Y la población ha crecido dieciocho veces.

La contienda entre el crucifijo y el mandil, entre la Iglesia Católica Apostólica Romana y la Francmasonería, terminó hace mucho. En el futuro el catolicismo chileno será solo una religión “boutique”. Algunas iglesias podrán estar repletas hoy, pero solo en contadas comunas. Este fue un gran logro de la Universidad de Chile. Amplió las esferas de la libertad mediante la educación.

No hay razón alguna, salvo ignorancia, desidia y contumacia ideológica, que impida hoy a la Universidad de Chile recuperar su historia entre 1622 y 1839. Según el estatuto universitario promulgado en 1864, un año antes de la muerte de Bello, no un mito ni una posverdad sino una ley aprobada por la Cámara de Diputados y por el Senado: *“este cuerpo es una continuación de la antigua universidad chilena denominada de San Felipe, i por tanto la Universidad de Chile es pontificia para propósitos canónicos”*.

Recuperar los dos siglos y dos décadas de su historia que alguna vez la Universidad de Chile sacrificó en el altar de la libertad (sin, por cierto, pretender revindicar su carácter de “pontificia”) sería un primer paso en la dirección correcta. Es decir, la que le permitiría encabezar en 2022, junto a las demás universidades, la conmemoración y celebración de los cuatro siglos de la educación superior chilena. 🙏

\* Consultor y autor de “Educar es gobernar. Orígenes, fulgor y fines del triestamentalismo” (Orjikh 2016).

No hay razón alguna, salvo ignorancia, desidia y contumacia ideológica, que impida hoy a la Universidad de Chile recuperar su historia entre 1622 y 1839.

## Edmundo Eluchans Malherbe

La personalidad del abogado que reseñamos rebasa el ámbito -siempre condensado- de estas líneas reservadas para el club de los grandes de nuestro foro.

Su ejercicio de la docencia y de la actividad profesional, sus convicciones en la política, donde incursionó, y su familia, dibujan una estampa perceptible de una vida colmada, canalizada en las múltiples manifestaciones que irradia su trayectoria.

Nacido el 23 de agosto de 1926, sus primeros estudios los realizó en el Colegio de los Sagrados Corazones de Santiago, donde demostró ser un lector voraz, y luego continuó en los Hermanos Maristas de Quillota. La fragua del abogado quedó formada al egresar en 1947 del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones, que precedió a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, donde culminó galardonado con el premio "Eduardo Lobos" al mejor alumno.

Adiestrado en la vida pública siendo presidente del Centro de Alumnos, se incorporó a la docencia en Derecho Constitucional y Derecho Civil, dotado de una oratoria brillante, robusta y persuasiva. A la vez, transitó con un fuelle ideológico conservador, como redactor del diario "La Unión" de Valparaíso.

En ese terreno ya afianzado -inevitable en esta evolución- fue elegido diputado por Valparaíso y Quillota entre



1957 y 1961, absorbiendo un trabajo fructífero en las comisiones de Constitución, Legislación y Justicia, Minería y Relaciones Exteriores, donde participó como miembro de la Comisión Interparlamentaria de 1958-1959. Sus desvelos en esta faceta lo llevaron a la reelección por la misma agrupación hasta 1965, ocupando la vicepresidencia de la Cámara. Volvió a la política como candidato independiente a senador en 1989, y como miembro electo y presidente del Tribunal Calificador de Elecciones, siempre al servicio del país, como exparlamentario.

Trabajó activamente en la profesión, durante muchos años junto a su sue-

gro, don Carlos Urenda Trigo, y a sus cuñados Carlos y Beltrán Urenda Zegers, como socio del estudio formado por su suegro en 1914.

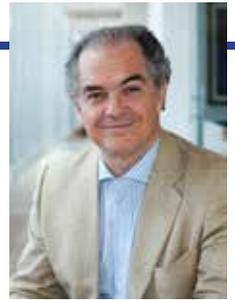
En la década de los 70 fundó su propio estudio, hasta hoy plenamente vigente. Allí trabajó hasta el final de sus días con sus hijos y otros colaboradores. También se desempeñó como director de varias sociedades.

El trazado de este relato no estaría completo sin los materiales que le dieron un color diferente a su palpitante vida: la gran familia que formó junto a su mujer, Florencia Urenda Zegers, y sus ocho hijos, quienes constituyeron su vida, todos unidos en estrecha colaboración.

Falleció en Santiago el 13 de abril de 1993, y tras su deceso sus hijos y amigos constituyeron la Fundación Edmundo Eluchans Malherbe, destinada a proyectar su huella y la vocación por los temas de interés público. Principalmente, en la zona de Valparaíso, en los pasillos y en los barrios en que se había urdido el tejido social que lo vio crecer. Entre otras actividades de bien público, apoyó a la Universidad Católica de Valparaíso a través de la cátedra que lleva su nombre, junto a un galardón para el mejor estudiante de derecho, como testimonio de recuerdo, compromiso y gratitud.



APP



## La Pareja dispareja (*Green Book*)

Se hace imposible no comentar la película ganadora de un Oscar para este año 2019, “Green Book”. Puede que Ud. quiera resistirse a los encantos de esta película, proclamando que es obvia, predecible, llena de clichés, y tendría razón. Pero su resistencia será inútil. Está profundamente arraigado en el ADN de ella el hacernos sentir bien, y en las inmortales palabras de Jerry Seinfeld: “No es que haya nada malo en ello”.

Es el año 1962 y Tony Lip (Viggo Mortensen) trabaja en el Copacabana, un club nocturno de Manhattan, donde sus obligaciones principales parecen ser echar a clientes recalcitrantes y servir de chofer a su jefe. Tony pertenece a la comunidad italiana del Bronx, y tiene una mujer, dos hijos y una familia extendida y gritona que lo acredita como tal. Como parte de su identidad étnica mantiene una relación distante con otros grupos raciales con quienes no tiene mayor contacto. La plácida vida de Tony se complica cuando es informado que el Copacabana cerrará por dos meses debido a una remodelación del lugar y se ve forzado a buscar un trabajo que no implique actuar de matón para otras “familias” de su comunidad. Es en ese momento que recibe la propuesta de servir de chofer para el Dr. Don Shirley (Mahershala Ali), un músico de raza negra, que está a punto de iniciar una gira musical por los estados del sur de Estados Unidos.

A partir de ahí la película gira en torno a la tensión de los polos opuestos; el blanco es subordinado, el negro es jefe; el blanco no sabe expresarse ni escribir, el negro es de una dicción y vocabulario impecable; el blanco es ignorante, el negro es culto; el blanco tiene un buen corazón y admira al negro; el negro ha sido tan herido que le cuesta reconocer un alma generosa. El entorno sureño es militantemente racista y los protagonistas se resisten formando una dupla que registra su mutua humanidad.

Debo reconocer que me sorprendió gratamente enterarme que la película es dirigida por Peter Farrelly, quien junto a su hermano Bobby ha dirigido un conjunto de comedias (“Loco



por Mary”, “Una Pareja de Idiotas”, “Pase Libre”), que apelan al humor más bajo y repelente a partir de las excrecencias del cuerpo humano. Nada me preparaba para este refrescante cambio de género. La película es predecible, eso es cierto, y tiene un punto de vista que no agrada a los *ayatollahs* de todo lo políticamente correcto. Lo cual significa que probablemente le agrada al lector de esta columna, por ser un film que tiene un mensaje positivo que habla de que los prejuicios y diferencias culturales se superan cuando vemos el ser humano en el otro, en el próximo.

Mención aparte merece la actuación de los protagonistas, que son el verdadero sostén de una película cuya historia ha sido tantas veces contada. Ali actúa de hombre serio de este dúo cómico (sí, hay comedia en este drama), manteniendo en todo momento una compostura afilada con perfecta conciencia de lo absurdo de la situación en la que él mismo se ha puesto. ¡Qué decir de Mortensen! Estupendo como héroe de Tolkien, terrorífico como gángster ruso, convincente como padre educador de una familia alternativa, no hay nada que él no pueda hacer. En esta película con un pesado acento del Bronx, una rueda de repuesto circundando su abdomen y un cigarrillo permanentemente colgando de sus labios, es un patán y un matón, pero nunca dudamos de su autenticidad. Con su carisma y encanto se logra introducir en el corazón herido del Dr. Shirley, y de paso también en el nuestro. ⚖️

## Fallos del Tribunal Constitucional

### **TC ROL N° 4136-17 INA** **Inaplicabilidad por** **inconstitucionalidad (27.03.2019)**

**Acción:** Requerimiento de inaplicabilidad (acogido).

**Norma impugnada:** Artículo 360, inc. 11° del Código del Trabajo.

**Normas constitucionales invocadas:** Debido proceso.

#### **Síntesis:**

Se cuestiona que la disposición legal, que alude a la facultad de la Dirección Regional del Trabajo para dictar una resolución que califica los servicios mínimos y los equipos de emergencia de la empresa, “solo” sea reclamable ante la Dirección Nacional del Trabajo.

Se establece que la norma resulta contraria a la CPR en cuanto impide el acceso a los tribunales de justicia a quienes vean afectados sus derechos como consecuencia de dicha resolución administrativa. En la historia de la norma aparece el propósito de evitar la judicialización de la materia. En el derecho comparado (España y Alemania) se reconoce un amplio derecho a impugnar esas decisiones.

La tutela judicial efectiva supone el derecho de toda persona a acceder a los tribunales, deduciendo la pertinente acción, originándose un proceso, el que contiene un conjunto de derechos, que componen lo que se denomina debido proceso (c. 22).

El acceso a la justicia impide la inmunidad administrativa, de modo que todo acto está sujeto a control judicial, a lo que debe agregarse que las leyes deben interpretarse en favor del inicio del proceso, obteniendo resolución judicial (c. 23).

No es constitucionalmente aceptable privar a los afectados de la facultad de deducir ante un órgano jurisdiccional, con sujeción a un debido proceso, las

acciones en defensa de sus derechos. Por lo mismo, la justicia laboral no puede negarse a conocer y juzgar las diferencias entre sindicato o grupo de trabajadores con su empresa, respecto de la calificación de servicios mínimos (c. 27). Semejante pretensión supondría una inmunidad administrativa intolerable constitucionalmente (c. 28).

### **TC ROL N° 4800-18 INA** **Inaplicabilidad por** **inconstitucionalidad (27.03.2019)**

**Acción:** Requerimiento de inaplicabilidad (acogido).

**Norma impugnada:** Artículo 4 Ley N°19.886.

**Normas constitucionales invocadas:** Igualdad ante la ley y debido proceso.

#### **Síntesis:**

Se cuestiona normativa que indica que no pueden contratar con la Administración aquellas empresas que -en los dos últimos años- hayan sido condenadas por prácticas sindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador.

La norma sanciona a las empresas, con independencia de su comportamiento y sin atender a particulares circunstancias, prescindiendo además de la extensión y gravedad de los hechos.

El precepto se presta para abusos por ser insuficiente a efectos de asegurar que la medida de castigo no trascienda la gravedad de los hechos cometidos. Es susceptible de aplicación indiscriminada, pudiendo llegar hasta abarcar actuaciones de ínfima significación (c.12).

El afectado no tiene la posibilidad de discutir la procedencia o extensión de la sanción que en virtud de la norma reprochada se le impone, coartando en definitiva toda posible intervención suya, en defensa de sus intereses, al no arbitrar el

legislador oportunidad alguna que resulte idónea al efecto, lo que equivale lisa y llanamente a negarle toda posibilidad de defensa (c.13).

### **TC ROL N° 3874-17 INA** **Inaplicabilidad por** **inconstitucionalidad (12.03.2019)**

**Acción:** Requerimiento de inaplicabilidad (acogido).

**Norma impugnada:** Artículos 129 bis 5, 6 y 9 del Código de Aguas.

**Normas constitucionales invocadas:** Tributos manifiestamente injustos.

#### **Síntesis:**

Se cuestionan disposiciones legales que regulan el establecimiento y pago de una patente por la no utilización de aguas, como consecuencia de la tardanza de la actuación de la DGA como asimismo de la autoridad ambiental.

Constituye un tributo injusto el aplicar este tributo a beneficio fiscal sobre un periodo que se ha creado y alargado por la propia mora de un órgano fiscal. La determinación del hecho gravado dependió al final de la inactividad de la autoridad y no de una decisión del contribuyente, quien expresamente manifestó predisposición a poder hacer uso de las aguas a las que tiene derecho (c.17)

El retardo y demora de la Administración en atender sus funciones y atribuciones, concebidas para garantizar los derechos de los ciudadanos y la utilidad de las personas, no puede generar una situación de menoscabo o perjuicio para ellas, siempre que esa dilación no les sea imputable (c.19).

La injusticia y desproporción se ve analizada en el caso concreto, tal como lo ha señalado la jurisprudencia. Es reprochable que deba pagarse un tributo sin que se deba hacerlo. No es efectivo que el

pago de un impuesto no tenga un costo económico para quien ha de solventarlo. Los particulares no deben aceptar las consecuencias negativas imputables a la autoridad que supongan una vulneración a la Constitución.

### TC ROL N° 5572-18 CDS Requerimiento por inconstitucionalidad de Decreto (18.01.2019)

**Acción:** Requerimiento acogido.

**Norma impugnada:** Reglamento Objeción de Conciencia.

**Normas constitucionales invocadas:** Autonomía de cuerpos intermedios y derecho de asociación.

#### Síntesis:

La objeción de conciencia institucional, concretada en el Código Sanitario,

artículo 119 ter, asume el carácter de un derecho con fuente constitucional, directamente derivado de la autonomía propia de los grupos intermedios de la sociedad y de la libertad de asociación.

No siendo este derecho contrario al bien común ni originando perjuicio a terceros, no está en la ley imponerle condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, como tampoco gravarlo con sanciones u otra forma cualquiera de represión, que puedan inducir a su abdicación.

El DS N°67, del Ministerio de Salud, de 2018, en su artículo 13, inciso segundo, prohíbe hacer lo que la Constitución permite.

Dicha prohibición reglamentaria carece igualmente de asidero legal. El Código Sanitario, al que accede, y el DFL N°36, de Salud, de 1980, ambos cuerpos

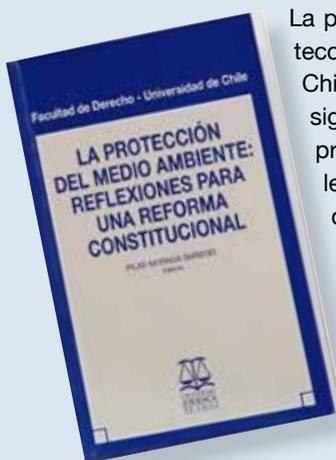
jurídicos trabados, favorecen una interpretación pro constitucional y a favor del derecho señalado.

El contenido esencial -indisponible por el legislador- del derecho de asociación implica la necesaria e indispensable libertad de esos grupos para fijar sus objetivos, organizarse del modo que estimen más conveniente sus miembros, decidir sus propios actos y también la forma de administrarse, así como las reglas por las cuales han de regirse, sin intromisión ajena, sea pública o privada, salvo que infrinjan el ordenamiento jurídico o su propio estatuto. Dicha autonomía y libertad encuentra específica concreción en el deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas. 🏛️

## Libros

### LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: REFLEXIONES PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL Facultad de Derecho Universidad de Chile

*Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2019, 168 páginas.*



La presente obra colectiva se refiere a la protección constitucional del medio ambiente en Chile en el marco de las problemáticas del siglo XXI. En esta perspectiva, los autores, provenientes de las ciencias jurídicas, sociales y naturales, abordan temas relacionados con el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 (participación, acceso a la información y acceso a la justicia en materia ambiental) y el tratamiento constitucional de los recursos naturales y del cambio climático, en el contexto de los desafíos ambientales que presenta la nueva era planetaria del antropoceno.

### EL DELITO DE MANEJAR EN ESTADO DE EBRIEDAD Hernán Silva Silva

*5ª ed. actualizada, aumentada y corregida, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2018, 687 páginas.*

En esta nueva edición sobre el delito específico de conducir en estado de ebriedad, en la que se contemplan los aspectos penales, criminológicos y médico-legales, el autor actualiza la jurisprudencia con fallos de los años 2017 y 2018, agregando a la bibliografía otros textos y publicaciones sobre la materia. Se incluye un capítulo especial sobre los discutidos fallos del Tribunal Constitucional relacionados con la Ley Emilia, los que han producido una serie de críticas de diversos sectores.

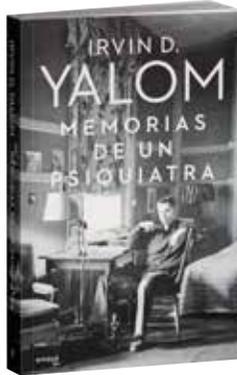


## Memorias de un psiquiatra

Irvin D. Yalom

Emecé, Buenos Aires, Argentina, 2019, 396 páginas.

A los 85 años, después de toda una vida dedicada a la psicoterapia, Irvin Yalom vuelve al ruedo literario con sus memorias. Precisamente, como el título del libro ya lo anuncia, es la autobiografía de un psiquiatra que a lo largo de los años ha indagado en la mente humana para aliviar a miles de pacientes, a la vez que intentar responder a las grandes interrogantes



que desde su infancia lo han inquietado: ¿Cuál es el sentido de la vida? ¿Cómo podemos enfrentarnos a nuestros miedos, superar la ansiedad, la soledad esencial del ser humano, la dificultad de las relaciones interpersonales, mejorar la autoestima, convivir con una enfermedad terminal, reponerse después de un divorcio o de una crisis devastadora? Y especialmente, el temor más profundo y constitutivo de los seres humanos: el miedo a la muerte. Al llegar al ocaso de su vida, plenamente lúcido, pero limitado por un cuerpo que no tiene la fuerza ni la vitalidad de la juventud, Yalom aborda

la finitud de la existencia con realismo, pero no sin esperanza ni gozo de vivir. Su conclusión personal es que mientras menos arrepentimiento haya en la vida, con más confianza y serenidad será posible enfrentar la muerte, tópico transversal a todas sus obras, pero tratado específicamente en "Mirar al sol".

Estas son las grandes preocupaciones existenciales

que Yalom ha abordado tanto en su trabajo en psiquiatría como en su obra literaria, ampliamente conocida y valorada tanto a nivel académico como por el público no especializado, con libros como "Psicoterapia del grupo", disciplina donde el autor ha hecho aportes fundamentales, "Verdugo del amor", "Un año con Schopenhauer" y "El día que Nietzsche lloró", entre muchos otros que han sido best sellers internacionales. Todos ellos, al igual que estas páginas, se enriquecen por el interés y la formación del autor en la filosofía, su buena pluma, su conocimiento de la psique y su

enfoque humanista y compasivo.

En estas páginas honestas Yalom aborda su propia intimidad, comenzando por su tímida infancia y adolescencia como hijo de inmigrantes rusos que sobrevivían gracias a un modesto almacén en un mal barrio de Washington D.C., donde la pobreza, los borrachos, el crimen y el antisemitismo eran pan de cada día. Luego vinieron los estudios de medicina, la especialización en psiquiatría, el trabajo durante décadas en la Universidad de Stanford, los viajes, los premios, las terapias a las que él mismo se sometió, los momentos de confusión, de triunfo, de alegría y de dolor, su creciente interés por el budismo y la meditación. En todo esto, como el ancla que lo sostiene y lo motiva a continuar viviendo con entusiasmo, destaca su esposa Marilyn, también escritora, a quien conoció a los 15 años y junto a la cual lleva 64 años de ininterrumpido matrimonio y formó una sólida familia de cuatro hijos.

Fiel a sí mismo, Yalom termina este volumen con una cita del "Zaratustra" de Nietzsche: "¿Eso era la vida? ¡Bien, entonces hagámoslo otra vez!".

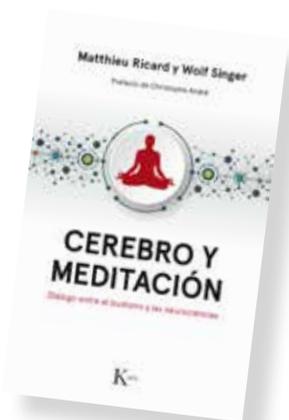
## Cerebro y meditación

Diálogo entre el budismo y las neurociencias

Matthieu Ricard y Wolf Singer

Kairós, Barcelona, España, 2018, 479 páginas.

Lejos de épocas donde la espiritualidad era asociada al dogma, hoy día esta busca en apoyarse en evidencias científicas. En ese contexto, el estudio de la mente y la conciencia es abordado a través de diferentes disciplinas que intentan responder cómo funciona la mente, cómo surge la conciencia, cómo se originan las emociones y, a raíz del encuentro con las prácticas contemplativas del Oriente, si la meditación puede modificar los circuitos neuronales y producir beneficios tanto psicológicos como orgánicos. Dos neurobiólogos, Matthieu Ricard, monje budista, y Wolf Singer, directo emérito del Instituto Max Planck para la investigación sobre el cerebro, dialogan confrontando la experiencia de la tradición budista y los descubrimientos de las neurociencias. Una conversación potente que motivará en el lector interesantes reflexiones.





**UNIVERSIDAD  
MAYOR**  
para espíritus emprendedores

# REINVÉNTATE

PARA EMPRENDER.

## Postgrados Facultad de Humanidades

# DIPLOMADO LITIGACIÓN EN JUSTICIA CONSTITUCIONAL

## SEDE SANTIAGO

El mundo está cambiando y lo más probable es que tu profesión también lo hará, por eso matricúlate hoy en el Diplomado Litigación en Justicia Constitucional y obtén las herramientas que necesitas para accionar ante la justicia constitucional, fortaleciendo tu capacidad analítica y de litigante en materias de derecho constitucional y administrativo. Actualiza tus conocimientos en Universidad Mayor, ¡te esperamos!

### PLAN DE ESTUDIOS

- Marco Teórico y Doctrinario de la Justicia Constitucional.
- Análisis de las diversas presentaciones ante los Órganos que imparten Justicia Constitucional entre sus Competencias.
- Análisis Crítico de la Jurisprudencia Emanada de los Órganos con Competencia Constitucional.
- Taller sobre Elaboración de Presentaciones y Litigación ante los Órganos con Competencia Constitucional.

Descubre más en  
**postgradoumayor.cl**  
contacto.postgrado@umayor.cl

**INICIO DE CLASES  
1er SEMESTRE 2019**

UMAYOR.CL - 600 328 1000

**5**  
AÑOS

### ACREDITADA

• Gestión Institucional  
• Docencia de Pregrado  
• Vinculación con el Medio

Desde 20 mayo 2015  
Hasta 20 mayo 2020

**AN**  
Comisión Nacional  
de Acreditación  
CNA-Chile



**UNIVERSIDAD MAYOR**  
REACREDITADA EN EE.UU.





Universidad del Desarrollo  
Facultad de Derecho

# POSTGRADOS UDD

Para liderar en un mundo global

POSTGRADOS Y EDUCACIÓN CONTINUA 2019  
Facultad de Derecho UDD



## PROGRAMAS SANTIAGO

Magíster en Derecho Ambiental	
Postítulo en Derecho Ambiental	2 de agosto
Diplomado en Gobierno Corporativo y Compliance	14 de mayo
Diplomado en Marcos Regulatorios de Financiamiento:	
Emprendimiento y Desarrollo Empresarial	6 de agosto
Diplomado en Insolvencia y Reemprendimiento	20 de agosto

## CURSOS

Contabilidad para Abogados	7 de mayo
Inglés Jurídico	14 de mayo
Protección de Datos Personales	4 de junio
Insolvencia y Reemprendimiento	8 de agosto
Gobierno Corporativo y Compliance	12 de agosto
Tributación de la Empresa	8 de octubre

## PROGRAMAS CONCEPCIÓN

Magíster en Derecho de la Empresa

## CURSOS

Derecho Societario Aplicado	17 de mayo
Gobierno Corporativo y Compliance	14 de junio
Operación Jurídica del Mercado: Libre	
Competencia y Derecho del Consumo	5 de julio
Derecho Ambiental	6 de septiembre
Empresa y Gestión Ambiental	18 de octubre
Globalización, Inversión, Comercio	
Internacional y su Impacto en la Empresa	8 de noviembre
Propiedad Intelectual e Industrial	6 de diciembre