



CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

REVISTA DE DERECHO

Junio 2014

Nº 31

REVISTA DE DERECHO

Editada por el Consejo de Defensa del Estado

“Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Consejo de Defensa del Estado”.

Director Responsable

Arturo Felipe Onfray Vivanco

Comité Editorial

Ana María Hübner Guzmán

Álvaro Quintanilla Pérez

Arturo Felipe Onfray Vivanco

Propietario

Consejo de Defensa del Estado®

Representante Legal

Juan Ignacio Piña Rochefort

Domicilio

Agustinas 1687, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual N° 115.310

ISSN N° 0717-5469

Diseño y producción:
Gráfica Metropolitana
contacto@graficametropolitana.cl
www.graficametropolitana.cl

Printed in Chile/ Impreso en Chile

REVISTA DE DERECHO

Junio 2014 N° 31

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 7

A.- DOCTRINA

UNA SENTENCIA QUE DESCONOCE EL TENOR LITERAL DE
LA LEY 11

Jorge Morales Retamal

SISTEMA DE JUSTICIA PENAL, LIBERTAD DE
INFORMACIÓN Y PERIODISMO 21

Guillermo Piedrabuena Richard

LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS. EL PODER
DEL JUEZ EN EL MEDIOAMBIENTE..... 35

Semillero de Derecho Procesal 2014

Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales

LA DESIGUALDAD ECONÓMICA Y SOCIAL EN LA TEORÍA
POLÍTICA DE LOCKE: UNA MIRADA EN PERSPECTIVA
CON LA LEY DE LA RAZÓN 77

Carlos Dorn Garrido

MODIFICACIONES A LA LEY N° 18.695, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, PARA PERFECCIONAR ROL FISCALIZADOR DEL CONCEJO Y FORTALECER TRANSPARENCIA Y PROBIDAD - LEY N° 20.742.....	99
--	----

José Fernández Richard

B.- JURISPRUDENCIA DE INTERÉS

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema. Fisco de Chile con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago. Recurso de queja	109
---	-----

DERECHO LABORAL

Corte Suprema. Bussenius con Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud. Recurso de unificación de jurisprudencia.....	131
---	-----

DERECHO MEDIOAMBIENTAL

Corte Suprema. Estado-Fisco de Chile con Minimal Enterprises Company y Elmira Shipping and Trading. Recursos de casación en el fondo.....	153
---	-----

C.- RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS.....	165
--	------------

Arturo Felipe Onfray Vivanco

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES.....	169
----------------------------------	-----

PRESENTACIÓN

Comité Editorial

El Derecho, así como el mundo del que es reflejo, tiene una naturaleza dinámica. Un observador imparcial podrá advertir como, en materia procesal, por ejemplo, en la segunda mitad del Siglo XX, los fenómenos del Acceso a la Justicia, la Constitucionalización y la Internacionalización del Derecho han reconfigurado el mapa jurídico.

Cada año, nuevos desafíos nos indican que dicho dinamismo sigue aún vigente. En este número de nuestra revista temas como la extensión de la protección laboral de los derechos de los administrados, las facultades de los jueces de los tribunales medioambientales en el ámbito de las medidas cautelares innominadas o los alcances del acceso a la información *vis-à-vis* el ejercicio de la abogacía aparecen como asuntos dignos de análisis, según se advierte de la revisión de contenidos que desarrollaremos en las líneas que siguen.

En la Sección Doctrina encontramos, en primer lugar, un trabajo titulado *“Una sentencia que desconoce el tenor literal de la ley”*, en el cual el ex abogado consejero Sr. Jorge Morales Retamal analiza críticamente una reciente decisión de la Corte Suprema que establece que el procedimiento de tutela laboral del Código del Trabajo prima sobre la norma del artículo 10 de la Ley N° 18.834, que extingue la contrata al 31 de diciembre por el solo ministerio de la ley.

En segundo lugar, se considera el texto *“Sistema de Justicia Penal, Libertad de Información y Periodismo”*. En él, ex Presidente del Consejo de Defensa del Estado y ex Fiscal Nacional Sr. Guillermo Piedrabuena Richard hace una síntesis de la problemática de la libertad de

información en relación con nuestra actual justicia penal, tarea bastante difícil si se considera, según indica el autor, “que la legislación es a veces contradictoria y a veces hasta confusa”.

En tercer lugar, se incluye el artículo “*Las medidas cautelares innominadas. El poder del juez en el medioambiente*”. Dicho estudio es el resultado de la investigación desarrollada por el Semillero de Derecho Procesal 2014 de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, un proyecto que, desde hace tres años, se lleva a cabo en dicho establecimiento con el fin de desarrollar una línea de formación de alumnos ayudantes de esta área, con el objetivo de generar capacidad investigativa y fomentar la formación de nuevos académicos.

La señalada investigación es particularmente meritoria ya que permitió que la mentada Facultad obtuviera el primer lugar del XV Concurso Internacional Semilleros de Derecho Procesal para Estudiantes de Derecho de Nivel Pregrado, que se realizó en Cartagena de Indias.

El ensayo en cuestión parte de la premisa que el procedimiento de reparación por daño ambiental entrega a los tribunales ambientales una potestad cautelar amplia, pudiendo decretar las medidas necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento, sin establecer una enumeración taxativa de ellas, esto es, medidas innominadas. En seguida, analiza si la dimensión objetiva de la imparcialidad judicial puede verse amenazada con la dictación de este tipo de medidas, concluyendo que si bien existe un riesgo de afectación del derecho a ser juzgado por un juez imparcial en nuestra legislación existen numerosos mecanismos de protección que lo reducen y que los bienes jurídicos protegidos ameritan asumirlo.

En cuarto lugar el abogado del Consejo de Defensa del Estado Sr. Carlos Dorn Garrido, presenta su escrito “*La desigualdad económica y social en la teoría política de Locke: una mirada en perspectiva con la Ley de la Razón*”, destinado a examinar el pensamiento moral y político de John Locke, con respecto a las consecuencias de establecer en el igual valor moral entre los hombres, la norma de justicia y equidad pública. En este orden de ideas, se propone una interpretación que atribuye a Locke

una genuina preocupación por las consecuencias de las desigualdades sociales y económicas contrarias al principio fundamental de la ley de la razón: conserva y protege la Humanidad propia y ajena. Si la interpretación es correcta, o al menos razonable, agrega, entonces habría un buen fundamento para contestar a los argumentos de los libertarios que han tomado a Locke como su padre intelectual.

Finalmente, en quinto lugar, el abogado Sr. José Fernández Richard analiza las modificaciones a la Ley N° 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, introducidas por la Ley N° 20.742, para perfeccionar el rol fiscalizador del Concejo Municipal y fortalecer la transparencia y la probidad.

En la Sección Jurisprudencia se presentan tres importantes fallos de la Corte Suprema.

En el primero, de 13 de enero de 2014, la Corte Suprema, conociendo de un recurso de queja en contra de un reclamo de ilegalidad en contra del Consejo para la Transparencia, denegó a un particular la entrega de información solicitada al Ministerio de Relaciones Exteriores, consistente en los nombres y honorarios de los abogados que representaron a Chile ante la Corte Internacional de Justicia en el diferendo marítimo con Perú.

En el segundo, de 30 de abril de 2014, la Corte Suprema acoge el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por la demandante y señala que el procedimiento de tutela laboral es aplicable a los funcionarios públicos. El fallo analiza el artículo 1° del Código del Trabajo en especial los casos en que, de acuerdo a su inciso 3°, sus normas son aplicables a los funcionarios públicos. Señala el fallo que no existe en el Estatuto Administrativo un procedimiento jurisdiccional especial para conocer y resolver las denuncias de vulneración de los derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en el ámbito de la relación de trabajo y que las normas del procedimiento de tutela no son contrarias a las del referido Estatuto. Concluye el Máximo Tribunal que el Juzgado de Letras del Trabajo es competente para conocer de la demanda de tutela interpuesta por un funcionario de la CENABAST. Los

alcances de este fallo son analizados en el artículo del abogado Sr. Jorge Morales Retamal, incorporados en la presente revista.

En el tercero, de 2 de junio de 2014, la Corte Suprema rechaza los recursos de casación en el fondo interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que confirmó la sentencia que acogió la demanda de indemnización de perjuicios, interpuesta por el Fisco, por el daño ecológico causado por el derrame de hidrocarburos de la motonave *Liquid Challenge* en la bahía de Mejillones, y reservó la prueba del monto de los perjuicios para la etapa de cumplimiento. La sentencia aplicó la presunción establecida en el artículo 144 N° 5 de la Ley de Navegación que señala: *“Se presume que el derrame o vertimiento de sustancias contaminantes del medio ambiente marino produce daño ecológico”* y estimó que el fallo recurrido, al acceder a la demanda, no infringió las normas del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Contaminación por Hidrocarburos de 1969, modificado por el Protocolo de 1992, del que Chile es parte, que contempla la indemnización por las pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos provenientes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas.

Finalmente, en la Sección Recensiones Bibliográficas, se considera una revisión del libro *“Filosofía del Derecho”* del destacado filósofo, jurista y poeta chileno Sr. Jorge Millas.

DOCTRINA

**UNA SENTENCIA QUE DESCONOCE EL
TENOR LITERAL DE LA LEY**

Jorge Morales Retamal¹

RESUMEN: *El artículo analiza críticamente una reciente decisión de la Corte Suprema que acepta que el procedimiento de tutela laboral del Código del Trabajo prima sobre la norma del artículo 10 de la Ley N° 18.834, que extingue la contrata al 31 de diciembre por el solo ministerio de la ley.*

ABSTRACT: *This article criticizes a recent decision of the Supreme Court, which states that the action of labor guardianship of the Labour Code prevails over article 10 of Law 18,834, which authorizes to finish the so-called “contrata” on December 31 by operation of law.*

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS: *Empleo a contrata - Estatuto Administrativo (artículo 10 de la Ley N° 18.834) - Funcionario público a contrata - Tutela laboral del Código del Trabajo*

En la causa por tutela laboral RIT T-118-2010, del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, caratulada “Bussenius Pablo con Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Salud” –CENABAST–, terminó con un fallo de la Excma. Corte Suprema, que al rechazar el recurso de nulidad interpuesto por el CDE, que representó al Ministerio de Salud, dejó a firme el fallo de primera instancia que acogió la denuncia por vulneración de derechos fundamentales, declarando que la demandada debe reincorporar al demandante, funcionario público a contrata, a sus

¹ **JORGE MORALES RETAMAL.** Ex Abogado Consejero y actual Abogado Asesor del Comité TREPAL del Consejo de Defensa del Estado.

labores habituales, en razón de que CENABAST lo discriminó por haber ejercido una acción antisindical, al poner término a la contrata del actor el 31 de diciembre de 2012.

Es pertinente relevar el hecho de que el actor, de profesión abogado, ingresó a CENABAST como funcionario a contrata, el 16 de mayo de 2008, y trabajó en ese organismo público, en la misma calidad legal, hasta el 31 de diciembre de 2012, fecha en que terminó la contrata, por ministerio de la ley, en razón de que no le fue prorrogada.

En otras palabras, el organismo público aplicó el artículo 10 de la Ley N° 18.834 en su tenor literal, a saber:

“Los empleos a contrata durarán, como máximo sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el sólo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga, con 30 días de anticipación a lo menos”.

En consecuencia, considerando la referida calidad funcionaria, y vistas las normas de interpretación de la ley de los artículos 19 y 20 del Código Civil, el tenor literal del antes transcrito artículo 10 del Estatuto Administrativo es meridianamente claro y las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, de modo que por mandato del legislador, llegado el plazo de vencimiento el 31 de diciembre del año respectivo, la contrata se extingue por **ministerio de la ley** y esa norma por su clara redacción se basta a sí misma, pues no existen parámetros o requisitos para su aplicación.

Cabe entonces preguntarse ¿Por qué el fallo desconoció la aplicación del artículo 10 antes transcrito? Para contestar esta pregunta, primero vamos a dar una explicación genérica y luego una específica:

La explicación genérica radica en que la Excma. Corte Suprema, al rechazar el recurso de unificación de la jurisprudencia deducido por el Fisco, acepta que el procedimiento de tutela laboral del Código del Trabajo, prima sobre la norma del artículo 10 de la Ley N° 18.834, que,

reiteramos, extingue la contrata al 31 de diciembre por el solo ministerio de la ley.

Y los fundamentos de la referida resolución radican en que el más Alto Tribunal, procedió a ignorar el mencionado artículo 10, en circunstancia de que su redacción literal no ofrece ninguna duda. Al respecto, en el considerando 14º se ratificó lo resuelto por la I. Corte de Apelaciones en el sentido de que cabe asimilar a los órganos de la Administración del Estado y a los funcionarios públicos, con los empleadores y los trabajadores regidos por un contrato de trabajo. Lo anterior, porque, según el fallo, “el Estado con los funcionarios que se desempeñan en los órganos de Administración ejerce funciones habituales de dirección, como lo hace todo empleador”.

Al configurar la resolución precedente, el Sentenciador Supremo olvida el A, B, C de la legislación pertinente:

El artículo 1º de la Ley N° 18.834 dispone: “Las relaciones del Estado y el personal de los Ministerios (...) se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo”.

Y el artículo 1º del Código del Trabajo, dispone en su inc. 1º: “Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y sus leyes complementarias”.

Por su parte, el artículo 12 de la Ley N° 18.575, Ley de Bases de la Administración Pública, dispone: “El personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regularán el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y las cesación de funciones”.

Frente a esta normativa explícita, cabe preguntarse si es procedente aplicar el Código del Trabajo, incluyendo el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales, a funcionarios públicos a contrata regidos por el Estatuto Administrativo, para quienes la normativa que los rige determina con certeza e imperio el período de término de sus servicios.

La respuesta es, ciertamente, negativa.

Esencialmente, nuestro más Alto Tribunal ha aceptado que la acción de tutela de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, se aplica también a los funcionarios dependientes de un órgano público, no obstante regirse éste por un sistema estatutario de derecho público y olvidando que los antes citados artículos del Código del Trabajo contemplan la acción de tutela para aquellas partes que se encuentran relacionadas por un vínculo de subordinación y dependencia, originado en un contrato de trabajo suscrito con el empleador, institutos que son inaplicables en el Sector Público.

En efecto:

El artículo 485, en el inciso 1º, hace aplicable el procedimiento de tutela a “las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales.”. Y en el inciso 3º, la misma norma dispone: “se entenderá que los derechos y garantía resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas, sin justificación suficiente (...)”.

Por su parte, el artículo 486 del Código del Trabajo, dispone que “cualquier trabajador u organización sindical que considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento”. A mayor abundamiento, los incisos 4º, 5º, 6º y 7º del mismo artículo 486 le otorgan a la Dirección del Trabajo facultades de fiscalización en materia de vulneración de derechos fundamentales, incluso la facultad de hacerse parte en el juicio que pudiere entablarse.

Por de pronto a la jurisdicción laboral no le corresponde conocer de los conflictos entre los funcionarios públicos y el órgano de la administración en que presten sus servicios, ya que ello compete a la jurisdicción civil y en algunas materias a la Contraloría General. Así lo han resuelto, por lo demás, en muchos fallos los Tribunales Superiores de Justicia. De esta forma no se cumple una de las condiciones que

establece el artículo 486 para que sea procedente el procedimiento de tutela laboral, cual es la competencia de la jurisdicción laboral.

Además, no cabe duda que la Dirección del Trabajo es un organismo público cuya misión es velar por la correcta aplicación de las leyes laborales que rigen las relaciones entre trabajadores y empleadores. Así, por ejemplo, tiene la facultad de citar a empleadores y trabajadores, y los empleadores tendrán la obligación de permitirles el acceso a los lugares de trabajo, a cualquier hora del día o de la noche (artículos 24 y 29 del D.F.L N° 2 del año 1967). La Dirección del Trabajo, en consecuencia, no tiene competencia para fiscalizar las relaciones entre los trabajadores del sector público y sus empleadores ni menos impartirle instrucciones. Ello compete a la Contraloría General de la República.

El tenor literal de los artículos 485 y 486 del Código del Trabajo antes reseñados, demuestran sin lugar a dudas que la vulneración de derechos fundamentales es una normativa que se aplica a las relaciones laborales entre trabajadores y empleadores regidos por el Código del Trabajo y en ningún caso, a los jefes de organismos públicos y a los funcionarios del respectivo servicio, ya que ellos se encuentran regidos, no por el Código del Trabajo, sino por el Estatuto Administrativo y otras normas de derecho público.

Y la referencia que se hace al debate parlamentario, en calidad de fundamento del fallo, con motivo de la ley que aprobó el procedimiento de tutela laboral, parece parcial, pues no se origina en un análisis de la historia de la ley.

La inviolabilidad de derechos incluidos en el Procedimiento de Tutela, no significa que este procedimiento laboral estatuido en el Código del Trabajo, se aplique a los funcionarios públicos regidos expresamente por el Estatuto Administrativo, y ciertamente que este último tema no estuvo en el debate parlamentario, por lo que no puede concluirse que el procedimiento de tutela de derechos laborales se aplica al sector público.

El fallo en análisis también razona con la circunstancia de que el Estatuto Administrativo carece de un procedimiento jurisdiccional para

resolver denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en su relación de trabajo, por cuanto el procedimiento de reclamo del artículo 160 del Estatuto Administrativo, es un recurso administrativo del que conoce la Contraloría General de la República, por vicio de legalidad que pueda adolecer el acto administrativo, por lo cual ambos procedimientos no son homologables.

Sobre la materia, en el Estatuto Administrativo no se encuentra ninguna norma que pugne con la protección de los funcionarios públicos. Es deber del Estado asegurar el respeto de los derechos humanos insertos en la relación laboral, de los cuales, obviamente, son titulares los funcionarios que trabajan en la administración pública. Al respecto, el artículo 17 del mismo Estatuto, prohíbe explícitamente todo acto de discriminación que se traduzca en exclusiones o preferencias -como la raza, sexo, estado civil, sindicación, opinión política- que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo. En consecuencia, cualquier acto discriminatorio que desconozca esos derechos, puede ser investigado y sancionado por la Contraloría General de la República y sin perjuicio del derecho que tenga el afectado de recurrir a los tribunales ordinarios de justicia a través de los procedimientos ordinarios o extraordinarios, por ejemplo recurso de protección.

Luego, el artículo 15 de la Ley N° 18.575, que establece que el personal del Estado se regirá por sus normas estatutarias no se contrapone con el procedimiento de tutela laboral que defiende los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral, pues en cualquier régimen de trabajo rige un mismo estándar en cuanto al respeto de los derechos fundamentales por parte del empleador.

Es contraria a derecho la reflexión que se hace en el sentido de que el inciso 1° del artículo 1° del Código del Trabajo contiene una norma general que no es excluida por la norma del inciso 2° que dispone: “Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada”. Y el fallo, en el considerando 14°, fundamenta la no exclusión en la expresión “sin embargo”, la cual reforzaría la norma del inciso 1°, porque establecería una solución distinta, cual es la aplicación del Estatuto Administrativo, no obstante

ser una relación contractual entre trabajadores y empleadores. Luego, el fallo no respeta el tenor literal de la ley que en el inciso 2º del artículo 1º del Código del Trabajo, reiteramos, dispone expresamente que las normas de ese Código “no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado”.

Ciertamente que la expresión “sin embargo” no debilita en nada la disposición del inciso 2º, sino, por el contrario, reafirma la regla distinta a la del inciso 1º. Al respecto, si se quiere dar a la expresión “sin embargo” su sentido literal, cabría decir que equivale a “no obstante lo anterior”, frase que significa una excepción a la norma que le precede.

Ciertamente es importante considerar que la normativa del artículo 485 del Código del Trabajo, es otra demostración del error en que incurre nuestro más Alto Tribunal al rechazar el recurso de nulidad del Fisco en el juicio antes referido; en efecto:

El inciso 1º, párrafo final de ese precepto, dispone: “El procedimiento [por vulneración de derechos fundamentales] (...) se aplicará (...) cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador”. Y la misma norma en el inc. 3º dispone que: “Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada (...) En igual sentido se entenderán las represalias del empleador en contra de los trabajadores (...)”.

Analizada la normativa precedente, no cabe duda hermenéutica alguna de que el procedimiento de vulneración de derechos fundamentales se aplica cuando los derechos de los trabajadores resultan lesionados por el ejercicio indebido de las facultades del empleador.- En otras palabras, cuando el empleador falta a las obligaciones que son inherentes al contrato de trabajo, de acuerdo a los conceptos de los artículos 7º y 8º del Código del Trabajo, relacionados con los efectos legales de los institutos contemplados en los artículos 3 a) y 3 b) del mismo Código.

En consecuencia, los contenidos de los considerandos 14°, 15° y 16° de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, que aplican el procedimiento de tutela a los demandantes, no obstante pertenecer en su calidad de funcionarios públicos a CENABAST, órgano público del Ministerio de Educación, resultan en derecho tan equivocadas como insólitas, y, reiteramos, desconoce el tenor literal de varias de las normas reseñadas:

- En especial, aquella clara y explícita del artículo 10 de la Ley N° 18.834;

- También la del artículo 12 de la Ley N° 18.575 que dispone que: “El personal de la Administración del Estado se registrará por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa **y la cesación de funciones**”.

- Y además, la norma del artículo 153, inc. 1° del mismo Estatuto Administrativo: “El término del período legal por el cual es nombrado el funcionario, o el cumplimiento del plazo por el cual es contratado, **produce la inmediata cesación de funciones**”.

Sobre la materia, en el juicio entablado por don Pablo Bussenius en contra de CENABAST, no se acreditó que hubo discriminación en su contra porque el empleador habría hecho un uso indebido de sus facultades legales al no prorrogar la contrata por su calidad de sindicalista, y ello porque la contrata no se renovó legalmente, no por cuestiones gremiales, sino por **ministerio de la ley** en razón de que el 31 de diciembre de 2012, venció el período de contratación administrativa.

Reiteramos, entonces, que el fallo de la Excma. Corte Suprema, al desconocer el plazo legal de los servicios a contrata, desconoce el tenor literal de la ley.

La infracción es aún más seria, porque los tribunales, de acuerdo al artículo 76 inciso 2° de la Constitución Política de la República, ejercen su autoridad cuando conocen y resuelven “negocios de su competencia”.

En este caso, el referido principio superior ha sido ignorado por la Cuarta Sala de la Excma. Corte Suprema, por cuanto, en la realidad de los hechos, ha modificado la ley al declarar ilegal la fecha de término de los servicios del funcionario público y al ordenar su reincorporación, a pesar de que la contrata ya había terminado de acuerdo a la resolución que la dispuso, la cual, en cuanto a plazo de duración, se atuvo estrictamente a la norma del artículo 10° de la Ley N° 18.834.

Luego, nuestro más Alto Tribunal agrava la infracción de las normas administrativas de derecho público, al disponer que el funcionario deberá reasumir el mismo cargo, no obstante que el Estado, a través de CENABAST, no renovó su contratación. Esta reincorporación, que es un efecto o sanción no prevista en la ley –Artículo 495 del Código del Trabajo–, deviene en una clara extralimitación de las facultades del sentenciador.

El problema jurídico-institucional que origina la realidad precedente, podría llevar a una contienda de competencia ante el Senado de la República, de acuerdo a lo previsto en el artículo 53 N° 3 de la Constitución Política, en razón de lo siguiente:

La referida jurisprudencia judicial estaría invadiendo claras facultades legales del Poder Ejecutivo, al obligarle a reincorporar en un cargo a contrata, lo que supone una resolución administrativa, a una persona que, justamente, terminó su designación a contrata el 31 de diciembre de 2012.

Además, se le ordena al organismo público CENABAST, es decir al Fisco, a pagarle remuneraciones a partir del 1° de enero del 2013, sin estar estos recursos económicos contemplados en las normas legales y financieras que rigen a los servicios públicos. Luego, no sería posible cumplir con el requisito básico de que exista la ley o la parte del presupuesto que autorice el gasto, de acuerdo a la norma del artículo 100 de la Constitución Política de la República.

Por lo expuesto, sin duda que el problema institucional analizado, genera un conflicto de competencia entre el Poder Ejecutivo y el Judicial.

DOCTRINA

SISTEMA DE JUSTICIA PENAL, LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y PERIODISMO ¹

Guillermo Piedrabuena Richard ²

RESUMEN: *El artículo hacer una síntesis de la problemática de la libertad de información en relación con nuestra actual justicia penal, tarea bastante difícil ya que, en términos del autor, “la legislación es a veces contradictoria y a veces hasta confusa”.*

ABSTRACT: *The essay makes a summary of the problems of freedom of information in relation to our current criminal justice system. The analysis is difficult since, according to the author, “the legislation is sometimes contradictory, sometimes confused”.*

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS: *Acceso de público a las audiencias - Libertad de información - Periodismo – Prohibición de informar - Publicidad de actos y resoluciones del Estado - Sistema de Justicia Penal.*

1) El ejercicio del periodismo está íntimamente ligado con libertad de información, en cualquiera de sus variantes y en especial en lo que se refiere a su relación con la justicia penal, pero también con la publicidad de los actos y resoluciones del Estado (Arts. 19 N° 12 y Art. 8° de la Constitución Política).

¹ El presente artículo corresponde a una versión corregida de una exposición efectuada en la Universidad San Sebastián en el mes de octubre del 2013.

² **GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD.** Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ex Fiscal Nacional del Ministerio Público y ex Presidente del Consejo de Defensa del Estado.

2) Caracterización de la libertad de información. Es una garantía constitucional protegida en todo Estado de Derecho y en Chile constituye un derecho constitucional fundamental que se explicita en el Art. 19 N° 12 de la Constitución, ratificado ampliamente por las Leyes N° 19.733, de junio del 2001, sobre libertad de información, y N° 20.285, de 20 de agosto del 2008, sobre transparencia y acceso a la información pública, sin perjuicio de los tratados internacionales suscritos por Chile.

La Constitución garantiza “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

En consecuencia, la Ley N° 19.733 que establece limitaciones a la libertad de información tiene que interpretarse restrictivamente y no analógicamente.

Además, la libertad de información tiene su máxima importancia si se considera que se encuentra dentro de las garantías constitucionales cuya infracción puede ser reclamada mediante el recurso de protección que establece el Art. 20 de la Constitución.

Lo anterior es sin perjuicio de los delitos que se puedan cometer a través de los medios de comunicación social y de las sanciones que la ley establece para el caso y sin perjuicio de los abusos que pueden dar lugar a responsabilidades civiles.

3) Algunas restricciones de la Ley N° 19.733 (publicada el 18.05.01).

En lo que se refiere a la Ley N° 19.733, es interesante destacar lo previsto en su artículo 36 que establece que “el que fuera de los casos previstos por la Constitución o la ley y en el ejercicio de funciones públicas obstaculizare la libre difusión de informaciones.....” comete un delito. Es decir, ninguna autoridad puede restringir la libertad de información, salvo un caso previsto en la Constitución o en la ley. No

puede el reglamento crear restricciones a la libertad de información. Sólo la Constitución y la ley.

Esta ley se tramitó antes de que entrara en vigencia el C.P.P., pero su promulgación fue posterior al C.P.P. que sólo regía en dos regiones del país. Es decir, cuando se promulgó estaba vigente en casi todo el país el sistema inquisitivo antiguo, con su predilección por el secreto en el sumario. Por consiguiente, la Ley N° 19.733 se aplica al sistema antiguo y al sistema nuevo.

A continuación, veremos la principal disposición de la Ley N° 19.733, vinculada a los procesos penales judiciales.

“**Art. 33.** Se prohíbe la divulgación, por cualquier medio de comunicación social, de la identidad de menores de edad que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella”.

“Esta prohibición regirá también respecto de las víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Título VII, “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”, del Libro II del Código Penal, a menos que consientan expresamente en la divulgación”.

“La infracción a este artículo será sancionada con multa de treinta o ciento cincuenta unidades tributarias mensuales. En caso de reiteración, la multa se elevará al doble”.

El legislador, en el primer inciso, estimó que es inconveniente mencionar la identidad de los menores de edad y según los penalistas, se refiere a los menores de 18 años que sean imputados de un delito e incluye también a los testigos de delitos que sean menores de edad.

En su inciso 2°, la ley extiende la protección a las víctimas de los delitos de violación, estupro y otros delitos sexuales, pero también se refiere a menores de 18 años.

Este precepto no extiende la protección a los imputados mayores de edad, sólo a las víctimas y a los menores de edad y su cumplimiento no exige una orden judicial expresa.

Ambas limitaciones a la libertad de información son razonables y son similares a restricciones que imperan en otros sistemas legales.

Ahora bien estas restricciones hay que armonizarlas con las que aborda el nuevo Código Procesal Penal. Ambas leyes son complementarias y ninguna deroga a la otra. No se puede hablar de derogación, puesto que la Ley N° 19.733 es posterior al Código. Cada ley tiene su ámbito propio de aplicación.

En cuanto a la persecución de multas que se establece por la infracción a la Ley N° 19.733, ello se encuentra casi en desuso.

4) Las restricciones a la libertad de información en relación a la justicia penal que establece el nuevo Código Procesal Penal (Arts. 92, 182 y 289 del C.P.P., entre otros) y las que se establecen en la Ley N° 19.733 sobre libertad de información (Art. 33), son excepcionales porque la publicidad es la regla general.

Estas restricciones son bastante menores a las que se contemplaban en el antiguo sistema procesal penal que establecía un sistema secreto de la instrucción y desconfiaba de la información pública que podía darse en los medios o por los periodistas.

El fin del “secretismo” fue una de las grandes conquistas del nuevo C.P.P. y así se destacó en el Mensaje, en la discusión del nuevo Código y en la exposición de todos los expertos a través de numerosas publicaciones.

¿En qué se tradujo este cambio?. Desde luego se acabó con el sumario secreto y los intervinientes, incluido el imputado y su defensa, tienen acceso a la investigación, salvo reserva decretada por el Fiscal por un plazo limitado y sujeto a reclamación ante el juez de garantía. Enseguida, no sólo las audiencias del juicio oral son públicas sino que

también las que se celebran ante el juez de garantía. Así lo establecen los Arts. 289 en relación con el Art. 71 del C.P.P. y el Art. 9 del C.O.T.

De otra parte, la información libre sobre los procesos penales sirve, por regla general, para que la ciudadanía controle la eficacia y esté al tanto de la forma como el sistema penal funciona. Coincide plenamente con la tendencia de dar transparencia a la función pública (Ley N° 20.285 del 2008 y Art. 8° inc. 2° de la Constitución).

Coincidiendo con lo anterior, ya la Excm. Corte Suprema en un instructivo dirigido a todos los tribunales, el 17 de enero del 2001, oficio N° 003260, impartió varias instrucciones a todos los tribunales y en el punto III expresó: “Las actuaciones que se realizan ante el Juzgado de Garantía, por la naturaleza del nuevo sistema procesal penal, son públicas (Artículo 1°, del Código Procesal Penal; Artículo 8 N° 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), sin perjuicio que el Tribunal pueda disponer, a petición del fiscal o de otro interviniente, su reserva, lo que sólo corresponderá acoger cuando la gravedad de los antecedentes o sus circunstancias lo hagan aconsejable”.

Este instructivo de la Corte Suprema armoniza además con lo dispuesto en el artículo 9° del C.O.T. que ordena que los actos de los tribunales sean públicos, salvo excepciones expresas.

Como todos los juristas saben, las limitaciones o excepciones a las normas generales tienen que ser interpretadas restringidamente. Es meridianamente claro que la regla muy general es la publicidad de las actuaciones de los intervinientes del nuevo proceso.

5) Las restricciones a la libertad de información del Código Procesal Penal (fundamentalmente los Arts. 92, 182 y 289).

“Artículo 92: Prohibición de informar. Los funcionarios policiales no podrán informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de detenidos, imputados, víctimas o testigos, ni de otras personas

que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible”.

La norma es similar al Art. 33 de la Ley N° 19.733, pero se refiere a todos los vinculados al hecho penal y no sólo a los menores de edad, es decir se amplía la prohibición informativa, en lo que se refiere a las policías. Cualquier información sobre identidad de éstos está prohibida a la policía.

En la discusión del proyecto de Código Procesal Penal, la prohibición a las policías era mucho más amplia y fue restringida por respeto al derecho a la libre información (la historia de la ley así lo demuestra).

La policía sólo está impedida de dar la identidad, pero no lo estaría para informar a la prensa sobre los hechos delictuosos propiamente tales en que le correspondió participar.

La prohibición sólo se refiere a la identidad de ciertas personas, pero no a los hechos delictuosos y sus circunstancias.

Sin embargo y esto es lo complicado, el Art. 182 del C.P.P. establece que las investigaciones serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento, no para los intervinientes, de modo que se estaría ampliando la restricción a las policías, en especial si se observa el inciso final del Art. 182 que expresa: “Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas”.

Podrá observarse que en los noticieros o en los canales de televisión no aparecen los policías dando nombres sino que refiriéndose a las circunstancias del delito. ¿Qué sucede al respecto?. Los periodistas indagan por su cuenta y a veces conversan en privado con las policías y consideran que las restricciones del Art. 92 del C.P.P. sólo afectan a los funcionarios policiales y no a los periodistas o a los medios de comunicación social. SIN DUDA, AQUÍ HAY UN PROBLEMA LEGISLATIVO PORQUE LA LEY NO SE CUMPLE ESTRICTAMENTE RESPECTO DEL SECRETO DE LA INVESTIGACIÓN.

Artículo 182: Establece un secreto de las investigaciones para los terceros ajenos al procedimiento penal, pero no se aplica a los intervinientes, salvo los casos de reserva. Si hay reserva decretada por el fiscal, es limitada en el tiempo y puede ser reclamada ante el juez de garantía, de acuerdo al Art. 182 inc. 4º y adicionalmente el Art. 186 le permite a las personas afectadas por una investigación reclamar al juez de garantía para que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos objeto de la investigación (¿quiénes son los afectados por la investigación?) (¿sólo los posibles imputados o también las víctimas?).

Artículo 289 del C.P.P. Consagra la publicidad de las audiencias del juicio oral, pero se estima que también es aplicable a las audiencias ante el juez de garantía, tal como lo instruyó la Corte Suprema, porque el nuevo sistema procesal es público, situación que se confirma en los Arts. 9 del C.O.T. y en el Art. 71 del C.P.P. que hace aplicable a los jueces de garantía las atribuciones que tiene el Tribunal del Juicio oral en materia de dirección y disciplina en las audiencias.

Dentro de esta óptica y defendiendo una tendencia restrictiva en la interpretación de las excepciones a la publicidad, destacamos que las facultades del Art. 289 exigen que haya una petición de parte y no pueden ejercerse de oficio.

Acceso del público a las audiencias (letras a) y b) del Art. 289). Este precepto dispone que: “*Publicidad de la audiencia del juicio oral*. La audiencia del juicio oral será pública, pero el tribunal podrá disponer, a petición de parte y por resolución fundada, una o más de las siguientes medidas, cuando considerare que ellas resultan necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley:

- a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare la audiencia;
- b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas”.

Es obvio que adicionalmente hay que considerar la capacidad física de las salas para limitar el número de asistentes, aunque no lo establezca la ley. También es razonable la circunstancia de que puede tratarse de un proceso conflictivo con incidentes, antes de la audiencia o incluso en audiencias anteriores, lo que aconseja limitar el acceso del público en general u ordenar la salida de la audiencia de personas determinadas (por Ej. las que insultan a los intervinientes o a los abogados, antes o dentro de la audiencia). Estas facultades de todo tribunal provenían del antiguo C.O.T. y no están derogadas.

En cuanto a que la publicidad pueda **restringirse en las audiencias** para proteger la intimidad el honor o la seguridad de alguna persona o evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley, la facultad del juez es amplia, lo que no significa que pueda ser arbitraria.

Tampoco esta potestad puede interpretarse de manera tan amplia que se vulnere una de las principales virtudes del nuevo proceso, esto es la publicidad del mismo para garantizar la confianza del público en el nuevo sistema. Como no hay recursos procesales, el órgano que decide es el juez de garantía o el tribunal del juicio oral. Lo que éste resuelve está sujeto a la crítica periodística, de los propios abogados y eventualmente está la posibilidad lejana de una queja disciplinaria. Es decir, la decisión soberana del juez tiene que ser fundada, máxime que se está limitando una garantía constitucional cual es la libertad de información.

A su vez el Art. 289 letra c) también le da facultad al juez para “prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio”.

Interpretando restrictivamente esta norma, estimamos que sólo afecta a las declaraciones o a las informaciones que se entreguen durante el juicio. Las que se hacen antes o después del juicio e incluso en un receso del mismo a los medios de comunicación social o periodistas, no estarían prohibidas como tampoco las que se hacen a personas que no pueden ser calificadas como medios de comunicación social. Se requiere

de una decisión expresa del juez y si no lo hace, los intervinientes y abogados no están sujetos a esta limitación.

En la práctica es corriente ver en la TV que durante el receso o después de las audiencias los abogados formulen declaraciones a los medios, a veces bastante perturbadoras, aprovechando que el juez no ha dictado una medida especial al respecto o si la ha dictado sólo tiene vigor durante el juicio. ¿Pueden los intervinientes o sus abogados formular declaraciones durante el receso y/o fuera del recinto en que se verifica la audiencia, como por Ej. sostenerse por un abogado que la prueba de la contraria es muy débil o que la suya es mucho más contundente y dar razones?. ¿No se está tratando de influir al tribunal y a la opinión pública?.

En cuanto a la restricción del inciso final del Art. 289 que dispone que “Los medios de comunicación social podrán fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia que el tribunal determinare, salvo que las partes se opusieran a ello. Si sólo alguno de los intervinientes se opusiere, el tribunal resolverá”.

Entendemos que para evitar que los medios de comunicación no puedan tomar fotografías, filmaciones, de una parte de la audiencia, se requiere una petición de algún interviniente y en desacuerdo de ellos, resuelve el tribunal, pero no estimamos que el tribunal de oficio pueda ordenar esta particular prohibición sin petición de ningún interviniente. Tampoco pueden restringirse las fotos, etc., que puedan tomar asistentes a la audiencia que no son medios de comunicación social. En legislaciones comparadas, EE.UU., hay más estrictez al respecto.

Finalmente, en esta breve intervención, queremos dar nuestra opinión sobre algunos temas polémicos en que hay criterios divergentes:

a) Si puede el tribunal decretar que los medios de comunicación no informen de las actuaciones del proceso, antes o después de las audiencias, en especial el nombre de los imputados, salvo la identidad de los menores de edad, apoyando esta restricción en la presunción de

inocencia de toda persona que no ha sido condenada pueda ser tratada como culpable por los medios de comunicación social.

A la interrogante anterior respondemos negativamente, aún cuando sabemos que existen diversos fallos de jueces de garantía, en especial en la primera parte de la aplicación de la reforma, en que prohibían a los medios de comunicación e incluso los notificaban antes y después de la audiencia de que no podían informar de un proceso determinado, lo que motivó varios recursos de protección de los Colegios de Periodistas.

Estimamos que no podría servir de fundamento para tal decisión la presunción de inocencia de un imputado que le favorece mientras no exista condena. Dicha presunción no impide que en lo procesal el imputado está afecto por las medidas cautelares o aquellas resoluciones de un tribunal que limitan algunas de sus garantías constitucionales. Estimamos que son inaplicables estas medidas por ser contrarias a la Constitución. Hay informes en derecho en el mismo sentido (Informe del Profesor de Derecho Constitucional Miguel Angel Fernández y del Profesor José Luis Cea).

b) Si son válidas y en qué medida las investigaciones periodísticas que se llevan a cabo por los medios de comunicación, sin intervención o autorización de los fiscales y en su caso de los tribunales.

Nuestra opinión es que aquellas son validas **porque la libertad de informar comprende también buscar y recibir informaciones, como lo expresa la Ley N° 19.733**. Sin embargo, esta actividad es sólo privada sin que pueda constituir una investigación penal en que los periodistas puedan ejercer atribuciones propias de los fiscales o de las policías.

Estimamos que si encuentra algún antecedente que conduzca a un caso penal, lo podría proporcionar a los fiscales y si un periodista toma conocimiento que existe una investigación penal, puede aportar su información a esta investigación. Esto no lo acepten los periodistas hasta no terminar su investigación aduciendo que ello podría significar la ineficacia de su propósito informativo o revelación de alguna fuente y aquí hay un permanente conflicto en todos los países del mundo.

En síntesis, los periodistas pueden hacer indagaciones particulares siempre que no cometan delitos ni se hagan pasar por auténticas policías o fiscales.

En Chile, ha habido mucha discusión y recuerdo tres casos, entre otros, del programa Contacto que trajeron mucha polémica. En uno que estaba afectado un parlamentario, quien se querelló criminalmente por el delito del Art. 161 a) del Código Penal, sin éxito. En los otros casos, recuerdo el de los quesitos mágicos y el de la Corporación del Niño Agredido. Debe reconocerse que el aporte de los medios informativos salvó a éstas y varias investigaciones de un archivo provisional (casos relatados en mi libro “Memorias del Primer Fiscal Nacional).

Debemos recordar que el Art. 161 a) del Código Penal dispone que castigará como si fuera delito al que en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio o comunicaciones de carácter privado fotografíe, filme, saque fotocopias, etc..... (Leer).

Apoyamos algunas de estas investigaciones periodísticas, con las limitaciones ya señaladas y esta opinión se funda en que si no hay una ley expresa que impida a los periodistas efectuar investigaciones no penales, aquellas estarían permitidas y serían lícitas, sin perjuicio de la responsabilidad penal por los delitos (injuria, calumnia, delito del Art. 161 a) del C.P., etc.) que se cometan en la investigación periodística y la responsabilidad civil por los daños ilícitamente producidos.

Sin embargo, estas disposiciones, no se ponen en el caso de que se vulnere por el fiscal, la policía u otras personas, el secreto de la investigación cuyo conocimiento está reservado únicamente a los intervinientes. Puede que hayan existido investigaciones administrativas para indagar si hubo una violación del secreto, pero no conozco de procesos penales en el nuevo sistema en que se haya investigado alguna posible infracción penal por vulneración del secreto de la investigación. ¿Sería aplicable el Art. 246 del Código Penal?.

c) Las limitaciones de los fiscales, de acuerdo a normas de la Ley Nº 19.640 sobre el M.P., en especial los Arts. 64 y 8º de la ley que de alguna manera se relacionen con la libertad de información.

Art. 64: “Los fiscales deberán abstenerse de emitir opiniones acerca de los casos que tuvieren a su cargo”.

Esta no es propiamente una limitación a la libertad de información, sino que representa un sano criterio que impide al órgano persecutor adelantar juicios sobre la culpabilidad o la inocencia del imputado o dar opiniones de trascendencia del proceso penal a su cargo, lo que podría inhabilitarlo y hacerlo perder toda objetividad.

Sin embargo, la prohibición de emitir opiniones no implica la denegación de la información sobre el estado de la causa y la posición procesal de la fiscalía.

Art. 8º inc. 4º: “Son públicos los actos administrativos del Ministerio Público y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial..... Podrá denegar la entrega de antecedentes o documentos requeridos si existe reserva o secreto establecidos en las disposiciones legales o **reglamentarias**.....”.

Desde luego, la norma se refiere a los antecedentes administrativos y no a los antecedentes judiciales. Enseguida, la ley reconoce la reserva cuando está establecida en disposiciones legales o **reglamentarias**.

La referencia a los reglamentos internos del M.P. como limitante para conocer detalles de su actividad administrativa, fue declarada inaplicable por inconstitucional por el T.C., en el curso de una reclamación de ilegalidad deducida ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por un periodista en contra del M.P. por su negativa a entregar información sobre auditorías internas relativas a incautaciones de dinero en un período de tiempo determinado.

CONCLUSIONES

Hemos realizado un esfuerzo por hacer una síntesis de la problemática de la libertad de información en relación con nuestra actual justicia penal, tarea bastante difícil si se considera que la legislación es a veces contradictoria y a veces hasta confusa.

Espero haber colaborado en alguna medida para aclarar algunos de los numerosos problemas que se suscitan con la libertad de información respecto de la justicia penal, reconociendo nuevamente que hemos desarrollado nuestro punto de vista y admitiendo posiciones e interpretaciones distintas de profesores, abogados y medios de comunicación social.

DOCTRINA

LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS. EL PODER DEL JUEZ EN EL MEDIOAMBIENTE

**Semillero de Derecho Procesal 2014
Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales ¹**

***RESUMEN:** El procedimiento de reparación por daño ambiental entrega a los tribunales ambientales una potestad cautelar amplia, pudiendo decretar las medidas necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento, sin establecer una enumeración taxativa de ellas, esto es, medidas innominadas. Analizar si la dimensión objetiva de la imparcialidad judicial puede verse afectada con la dictación de este tipo de medidas es el objetivo de este trabajo, el cual se basa en una completa revisión bibliográfica sobre la materia y en la información obtenida de los propios actores del sistema de justicia medioambiental. Concluimos que si bien existe un riesgo de afectación del derecho a ser juzgado por un juez imparcial en nuestra legislación existen numerosos mecanismos de protección que reducen dicho riesgo y que los bienes jurídicos protegidos ameritan asumirlo.*

¹ El Semillero de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales es un proyecto que, desde hace tres años, se lleva a cabo en dicho establecimiento con el fin de desarrollar una línea de formación de alumnos ayudantes de esta área, para así generar capacidad investigativa y fomentar la formación de nuevos académicos. Los integrantes del Semillero 2014, autores del presente trabajo, son los siguientes alumnos y alumnas de la señalada Facultad: Constanza Barros, Constanza Cavallo, Martín Cura, Diego Del Valle, Violeta González, Sophie Hans, Alejandro Matus, Nicolás Miranda, Rafaela Moreno, Bárbara Orellana, Vanessa Palma, Paulina Pino y Alfonso Zuazo. El Director del Semillero 2014 fue el Profesor Fernando Santelices, Licenciado en Derecho de la Universidad Diego Portales (2002) y Máster Oficial en Ciencias Jurídicas de la Universidad Pompeu Fabra (2011).

ABSTRACT: *The environmental damage procedure gives the environmental courts a wide precautionary authority, being able to decree the necessary measures to avoid the negative effects of the acts and conducts that are submitted to their knowledge, without establishing a strict or closed number of measures they can use. These are the unnamed precautionary measures. To analyze if the objective dimension of the judicial impartiality can be affected by the decree of this kind of measures is the main object of this paper, which is based on a full bibliographic research in what regards to this matter and the information obtained from the main participants in the judicial environmental system. We conclude that even though there is an existing risk the right to be judged by an unbiased judge is harmed in our legislation there are several protective mechanisms that reduce that risk, and that the legal interest protected is worth taking it.*

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS: *Cautelares - Innominadas - Imparcialidad de los Jueces - Medioambiente.*

TABLA DE CONTENIDOS: *Introducción - Las medidas cautelares innominadas capítulo - Derecho a un juez imparcial capítulo - Nueva institucionalidad ambiental - Las medidas innominadas en el procedimiento de reparación por daño ambiental - Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

En los últimos años nuestro país ha experimentado un profundo proceso de reformas en materia medio ambiental, luego de estar por décadas ajeno al desarrollo que esta temática ha tenido a nivel mundial. Los cambios comienzan a materializarse a inicios del siglo XXI dando origen a lo que se ha denominado “la nueva institucionalidad medioambiental”.

Estas reformas comprenden la creación de varios organismos públicos, entre los cuales destacan en 2010 la Superintendencia del Medio Ambiente, el Ministerio del Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación Ambiental. Un par de años después, se crean los Tribunales Ambientales,

cuyo objetivo es resolver las controversias que se generan en el ámbito medioambiental a través de distintos tipos de procedimientos. Uno de ellos es el procedimiento de reparación por daño ambiental.

Como Semillero de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales ha suscitado fuertemente nuestro interés la forma en que el legislador ha regulado dicho procedimiento, en especial lo referido a las medidas cautelares. Ello, pues se otorga a los jueces de los Tribunales Ambientales una potestad cautelar amplia, que les permite dictar las medidas necesarias con el fin de impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento, sin existir un catálogo taxativo que enumere dichas medidas. Consideramos que atendido a los derechos implicados en los conflictos ambientales y el efecto de las decisiones judiciales en este ámbito -que no solo afectan a las partes, sino muchas veces a toda una comunidad- resulta interesante preguntarse si la imparcialidad de los jueces encargados de conocer estos asuntos puede verse afectada con la dictación de medidas innominadas.

En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo analizar si la garantía de la imparcialidad objetiva puede verse afectada con la dictación de medidas innominadas en el procedimiento de reparación de daño ambiental consagrado en la ley chilena.

Para responder a esta pregunta, en el primer capítulo analizamos brevemente las medidas cautelares, sus características y requisitos de procedencia a fin de dar un marco teórico general, concentrándonos específicamente en el estudio de las medidas cautelares innominadas.

En el segundo capítulo examinamos el derecho a un juez imparcial, sus fundamentos y clasificación, en particular, la dimensión objetiva de la imparcialidad judicial y su relación con las medidas cautelares innominadas.

En el tercer capítulo describimos los elementos centrales de la nueva institucionalidad ambiental chilena, refiriéndonos en especial a los Tribunales Ambientales y al procedimiento de demandas de reparación por daño ambiental.

En el capítulo cuarto examinamos la regulación de las medidas cautelares en dicho procedimiento y su relación con el principio preventivo y el principio precautorio. Se examina además la aplicación práctica de ellas por parte de los Tribunales Ambientales, pudiendo detectar que desde su implementación hasta la fecha de cierre de este trabajo solo se ha dictado una medida cautelar, la que es analizada en profundidad.

Por último, en el capítulo final se exponen las reflexiones que este Semillero ha elaborado a propósito de la pregunta de investigación antes señalada.

Para la realización de este trabajo hemos acudido a fuentes secundarias de información, a través de una revisión bibliográfica de doctrina nacional y comparada, de jurisprudencia y de la legislación aplicable en nuestro país. También hemos analizado los casos que hasta la fecha han conocido los Tribunales Ambientales. Adicionalmente, tuvimos la ocasión de asistir al “Seminario a 2 años de la Ley de Tribunales Ambientales” y, también, la posibilidad de visitar el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago y conversar con el Ministro Presidente y algunos de sus relatores, a quienes agradecemos por la valiosa información aportada para el desarrollo de esta investigación.

CAPÍTULO I

LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS

1. De las medidas cautelares en general.

Una de las características propias del proceso judicial es la necesidad de llevar adelante una serie de actos a lo largo de un determinado lapso de tiempo, que muchas veces puede constituir un obstáculo para quien desea obtener una sentencia favorable y su posterior eficacia.

Para paliar este problema, el legislador contempla las medidas cautelares, las que según Calamandrei se definen como aquellas

resoluciones dictadas durante el curso del proceso que tienen como finalidad “...otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma.”²

La institución cautelar tiene como finalidad asegurar la efectividad y cumplimiento de la sentencia debido al peligro en la demora (*periculum in mora*) que puede existir en el pronunciamiento de un fallo, exigiendo al solicitante acreditar la probabilidad de que su pretensión será acogida (aparición de buen derecho o *fumus bonis iuris*) como presupuestos necesarios de procedencia.³

Las medidas cautelares tienen dos características centrales, a saber:

- Instrumentalidad: Las medidas cautelares no constituyen un fin en sí mismas, sino que se encuentran sujetas a un procedimiento de fondo y a la petición del actor.⁴
- Provisionalidad: Las medidas cautelares tienen una duración limitada, ella depende de la existencia del peligro en la demora que justificó su interposición. Así, si el peligro deja de existir, la medida se debe alzar. Por tanto, siempre será posible modificar lo resuelto (ya sea a petición de parte, de oficio o por el superior mediante la interposición de un recurso), ya que las medidas se mantienen en cuanto siga vigente el peligro fundado que les dio origen.⁵

² CALAMANDREIOUTUREDAREI “ EL PROCEDIMIENTO D, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires. Bibliográfica Argentina. 1945. p. 45.

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil, trad. de Gómez Orbaneja*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936. pp. 299-301.

⁴ CALAMANDREIOUTUREDAREI “ EL PROCEDIMIENTO D, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. pp. 44- 45.

⁵ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 3º Edición (póstuma) Buenos Aires. Edición Depalma. Buenos Aires. 1962 p. 326.

Ahora bien, las medidas cautelares pueden ser de diverso tipo según su objeto (reales o personales), finalidad (conservativas o innovativas), proceso en que se aplican (civiles o penales) y si ellas se encuentran o no consagradas en forma taxativa en la ley (nominadas o innominadas), entre otros criterios. Para los efectos de este trabajo nos detendremos en esta última clasificación que distingue entre medidas cautelares nominadas e innominadas.

Las medidas cautelares nominadas son aquellas que se encuentran reguladas de manera explícita y taxativa en la ley. La ley se encarga de establecer expresamente el contenido de la medida cautelar.

Las medidas cautelares innominadas, en cambio, son la expresión de un poder cautelar general, que permite al juez decretar -sin las limitaciones de las medidas especificadas en la legislación- los mejores medios para asegurar el resultado de la acción.

2. Las medidas cautelares innominadas.

Rangel las define como *“aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.”*⁶

Las medidas innominadas poseen las características propias de toda medida cautelar, antes mencionadas. A estas dos características, se agrega un tercer elemento que se refiere al carácter no taxativo de las medidas innominadas, por ello se sostiene que se trata de medidas cautelares genéricas.⁷ Al no estar enumeradas de forma expresa por el

⁶ RANGEL, Arístides. “Medidas Cautelares Innominadas” [en línea]. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Volumen n°8. 1989. p. 91. Disponible en: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf> [visto el 10 de junio de 2014]

⁷ Ésta idea se puede desprender de: FÁBREGA, Jorge, ARNULFO, Adán. “Medidas Cautelares Innominadas” [en línea]. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho*

legislador, las partes y eventualmente el juez –si posee facultades de oficio– podrán solicitar y/o decretar aquellas que estimen pertinentes según las necesidades del caso concreto.

Creemos que la instrumentalidad, en relación con las medidas innominadas, puede resultar problemática en ciertas ocasiones, ya que es frecuente que los solicitantes pretendan obtener, al momento de solicitar una innominada, una anticipación de lo que aspiran conseguir con la interposición de la demanda misma.

3. Justificación de las medidas cautelares innominadas y su relación con el juez.

Una vez determinado el concepto y características de las medidas innominadas, cabe referirse a las razones por las cuales el legislador las incorpora en el ordenamiento jurídico.

La consagración de este tipo de medidas se explica porque resulta muy difícil que el legislador imagine y enumere todas las medidas cautelares que sean necesarias y adecuadas para resguardar la eficacia de una sentencia definitiva. Prueba de ello es que varias legislaciones contemplan medidas cautelares innominadas, pues es prácticamente imposible que los cuerpos normativos puedan prever las situaciones de hecho que requieran ser tuteladas en atención al peligro en la demora.⁸

Así, se le reconoce al juez un poder cautelar general, en virtud del cual puede siempre que se manifieste la posibilidad de un peligro derivado del retardo de una providencia principal, –debidamente acreditado por quien

Procesal. Volumen n°8. 1989. p. 114. Disponible en: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20%20JORGE%20FABREGA,%20ADAN%20ARNULFO%20%20ARJONA.pdf> [visto el 10 de junio de 2014]

⁸ Véase: Colombia, Código General del Proceso, artículo 590; Venezuela, Código de Procedimiento Civil, artículo 588; Bolivia, Código de Procedimiento Civil, Artículo 1690; Chile, Código de Procedimiento Civil, artículo 298. Todos con criterios uniformes en cuanto a su consagración y procedencia.

la solicite— proveer por vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso concreto.⁹

Este poder conferido al juez ha sido muy discutido en la doctrina, existiendo posturas tanto a favor como en contra. A favor de un poder cautelar amplio, se encuentra Chiovenda, quien considera que debe entregarse al juez el poder de establecer la oportunidad y naturaleza de las medidas cautelares. Por otro lado, Calamandrei señala que la existencia de un poder cautelar general debe considerarse *iure condito* (excepcional) y, por esto en aquellas legislaciones donde se regula de ese modo debe hacer un interpretación estricta de la ley (*strictae interpretationis*).¹⁰

CAPITULO II

DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

Luego establecer qué entenderemos por medidas cautelares innominadas y sus características, nos referiremos a la garantía de la imparcialidad judicial. Abordaremos brevemente su concepto, fundamento, características y regulación, tanto a nivel nacional como comparado.

1. El concepto de imparcialidad.

La imparcialidad judicial es un tópico que desde siempre se ha relacionado con la idea de “hacer justicia”, de manera tal que es muy difícil entender el uno sin el otro.

El significado de la palabra imparcialidad, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, deriva de los prefijos “in” y

⁹ CALAMANDREIOUTUREDAREI EL PROCEDIMIENTO D, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. p. 65.

¹⁰ CALAMANDREIOUTUREDAREI EL PROCEDIMIENTO D, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. p. 32.

“parcial”. Según este diccionario, imparcialidad significa “que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad”.¹¹

Al preguntarnos por el significado de la palabra imparcialidad, Alberto Patiño señala que “*la respuesta la encontramos en la etimología misma de la palabra, la cual deriva del prefijo latino in y la terminación parcial, es decir, que no entra en ninguna parcialidad o adhiere a ningún partido.*”¹²

Luigi Ferrajoli afirma que la imparcialidad del juzgador debe ser entendida en un sentido estricto, como la ajenidad del juzgador a los intereses de las partes.¹³ Por su parte, Alejandro Soulier señala que el juez imparcial es “*aquel que no tiene un interés en el resultado del pleito, por lo cual no puede administrar justicia adjudicando potencias e impotencias más allá del interés de las propias partes en litigio.*”¹⁴

De este modo podemos concluir que la imparcialidad exige al juez no inclinarse por ninguna de las partes, sin favorecer a ninguna en particular.

¹¹ www.rae.es. [visto el 27 de junio de 2014].

¹² PATIÑO, Alberto. “Algunas consideraciones sobre la imparcialidad como virtud suprema del juez” [en línea]. *Revista electrónica Epikeia. Derecho y política*. Número 5. Verano 2007 p. 5. Disponible en: http://epikeia.leon.uia.mx/old/numeros/05/epikeia05-algunas_consideraciones_sobre_la_importancia.pdf [visto el 24 de Junio de 2014]

¹³ FERRAJOLI, Luigi. “*Derecho y razón*”. Editorial Trotta. Madrid. Octava Edición. 2006. p. 581.

¹⁴ SOULIER, Alejandro. “La imparcialidad del Juez no es un atributo inherente a su persona sino un desafío cotidiano en su Deber de Procesar y Juzgar” [en línea]. Ponencia presentada en *Concurso de Jóvenes Abogados del XXI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal*. Cali, Colombia. 19-21 agosto 2008. p. 1. Disponible en: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ZX_Soulier_Alejandro.pdf, [visto el 6 de junio de 2014]

2. Fundamento de la imparcialidad.

La imparcialidad constituye en sí misma un elemento definitorio de la jurisdicción. Por tanto, el asegurar la imparcialidad del juez durante todo el proceso es esencial para el correcto funcionamiento y estabilidad de nuestros sistemas de enjuiciamiento.¹⁵

Las decisiones tomadas por los jueces tienen gran relevancia; por el efecto que producen dentro del desarrollo de la sociedad que somos y de la sociedad que aspiramos a ser. De esta manera, la imparcialidad es un mecanismo de regulación del poder juzgador, que recae sobre todos nosotros.¹⁶ A nuestro juicio, es además el fundamento de legitimación del juez como un tercero objetivo que ha de resolver los conflictos que se presenten y elemento garante de los derechos fundamentales, como por ejemplo igualdad ante la ley y el debido proceso.

3. Clasificación de la imparcialidad.

La imparcialidad del juez puede ser entendida en dos dimensiones. Por un lado, una imparcialidad de carácter subjetiva y, por otro, una imparcialidad de carácter objetiva. A continuación nos detendremos en cada una de ellas.

3.1. Imparcialidad subjetiva.

Esta dimensión de la imparcialidad apunta a los sesgos o prejuicios que puede tener el juez en relación a una de las partes o a la materia en discusión. La imparcialidad subjetiva se presume, por tanto la parte que considere que ella se ve vulnerada debe probarlo.

¹⁵ TAVOLARI, Raúl. “*Tribunales, Jurisdicción y Proceso*”. Primera Edición Santiago, Editorial Jurídica. 2012. p. 54.

¹⁶ TRUJILLO, Isabel. “*Imparcialidad*” [en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2007. p. 70. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2510/4.pdf> [visto el 6 de junio de 2014]

En este sentido, Andrés Bordalí –haciendo referencia a Gulio Ubertis– señala que *“la imparcialidad considerada subjetivamente dice relación con el posicionamiento personal de los jueces en los términos de las partes de una causa judicial. Se habla de una consideración del fuero interior de los jueces, que debe considerarse imparcial mientras no se demuestre lo contrario”*.¹⁷

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español ha reconocido esta distinción señalando, que el derecho subjetivo a un juez imparcial *“exige que el juez considere asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés de clase alguna, ni directo ni indirecto.”*¹⁸

3.2. *Imparcialidad objetiva.*

La imparcialidad objetiva, en cambio, se configura cuando existe una sospecha de parcialidad por parte del tribunal en sus decisiones fundada en antecedentes objetivos.

En este sentido, Andrés Bordalí afirma que *“(…) no se trata ya que el juez haya exteriorizado convicción personal alguna ni haya tomado posición previa, sino que estamos frente a un juez que no ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto. Por eso, en esta perspectiva, importan especialmente las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asigna al juez en el proceso, puede ser visto como un verdadero tercero ajeno a los intereses que en él se ventilan.”*¹⁹

¹⁷ BORDALÍ, Andrés. “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”. [en línea]. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° XXXIII. segundo semestre de 2009. Valparaíso. Chile. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512009000200007&script=sci_arttext [visto el 6 de junio de 2014]

¹⁸ CASTILLO, Luis. *“El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español”* [en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2007. p. 128. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.1/pr/pr6.pdf> [visto el 24 de junio de 2014]

¹⁹ BORDALÍ, Andrés. *“Proceso Civil: Juicio Ordinario de Mayor Cuantía”*. Primera Edición. Editorial Legal Publishing. 2013. Santiago. pp. 16-17.

Desde una perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido que la imparcialidad objetiva consiste en “*que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el thema decidendi.*”²⁰

Bordalí ha sostenido que la imparcialidad objetiva entra en tensión con ciertas instituciones jurídicas, por ejemplo cuando un juez que investiga y luego resuelve, dentro de la dinámica de un sistema procesal penal inquisitivo, o cuando un juez que decreta una medida cautelar y luego falla, ya que el juez toma conocimiento de los hechos que se someterán a su decisión en forma previa, emite un pronunciamiento al respecto y luego resuelve el fondo del asunto mediante una sentencia posterior.²¹

Este autor sostiene que el juez que decreta una medida cautelar podría verse compelido a mantener su posición, lo que se denomina “fuerza de la prevención”. Esto puede suceder porque existe una tendencia natural a de todas las personas a mantener lo que se ha dicho y no cambiar de ideas: “*Un juez que durante el procedimiento ha valorado la existencia de una apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris), decretando una medida cautelar podría verse condicionado por mecanismos ya por mecanismos psicológicos (no mostrarse contradictorio) o sociales (evitar la crítica pública) para mantener esa valoración al momento de fallar el asunto en su mérito, aunque de las alegaciones de las partes y de las pruebas introducidas al proceso se forme otra convicción.*”²²

²⁰ CASTILLO, Luis. “*El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español*” [en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas de las UNAM. México. 2007. p. 129.

²¹ BORDALÍ, Andrés. “*Proceso Civil: Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*”. Primera Edición. Editorial Legal Publishing. 2013. Santiago. p. 21.

²² BORDALÍ, Andrés. “*Proceso Civil: Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*”. Primera Edición. Editorial Legal Publishing. 2013. Santiago. p. 22.

Siguiendo esta línea de razonamiento, nos preguntamos entonces si la tensión a la que alude el autor se vería incrementada cuando se trata de medidas cautelares innominadas, como ocurre en el procedimiento de reparación por daño ambiental, objeto de estudio de este trabajo.

4. Regulación nacional e internacional.

La imparcialidad del juzgador es una de las garantías constitutivas del debido proceso y se encuentra regulada por el derecho internacional de los derechos humanos en diversos tratados internacionales. En efecto, la imparcialidad es reconocida en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 8° N° 1); en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10°); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1.) y en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 6°).

En nuestro país, la Constitución Política de la República establece en el inciso quinto del artículo 19 número 3° la garantía fundamental del debido proceso. Sin embargo, la garantía a un juez imparcial no se encuentra expresamente consagrada ni en la Constitución ni en las normas de rango inferior.

El camino que el legislador chileno ha escogido para proteger la imparcialidad de los jueces se observa en las causales de implicancias y recusaciones reguladas en los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales. Estas instituciones han venido a objetivar taxativamente determinadas situaciones subjetivas que implican cierto grado de vinculación entre el juez y el objeto del proceso (imparcialidad objetiva) o entre el juez y los intereses concretos de las partes (imparcialidad subjetiva).²³ En efecto, mediante estas causales se impide que el juez o funcionario judicial conozca de determinados asuntos por carecer o presumirse por la ley que carece de la imparcialidad necesaria.

²³ CHILE. CONGRESO NACIONAL. Código Orgánico de Tribunales (15, junio, 1943). Artículos 195 y 196.

En materia medioambiental, la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales se refiere a este tema al tratar las inhabilidades de los ministros, las que entre otras se refieren al interés personal, de su cónyuge o parientes en una causa, a la posesión de porcentajes del capital de empresas o sociedades ejerciendo cargos de administración en éstas o por haber asesorado o prestado servicios profesionales a alguna de las partes.²⁴

En definitiva, entendiendo entonces el derecho a un juez imparcial como un elemento definitorio de la jurisdicción y esencial para todo sistema judicial, en este trabajo nos preguntaremos si la dictación de medidas cautelares innominadas infringen la garantía del derecho a un juez imparcial –en su vertiente objetiva– en el contexto de un procedimiento ambiental.

CAPÍTULO III

NUEVA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

Una vez que ya hemos entendido lo que es una medida cautelar innominada y en qué consiste la garantía a un juez imparcial en su dimensión objetiva, corresponde que examinemos cómo operan estas consideraciones en materia medioambiental en Chile.

Para ello en este capítulo analizaremos la nueva institucionalidad ambiental, sus objetivos y organismos que la componen, deteniéndonos especialmente en el procedimiento de demandas de reparación de daño ambiental que conocen los Tribunales Ambientales.

1. Contexto y objetivos de la reforma.

Desde fines del siglo XX y principios del siglo XXI, comienza a nivel mundial a desarrollarse una fuerte conciencia política y ciudadana

²⁴ CHILE. CONGRESO NACIONAL. Ley N° 20.600 (28, junio, 2012). Artículo 9°.

sobre temas de conservación y protección del medio ambiente y Chile no quedó ajeno a este proceso.

Hasta comienzos del siglo XIX nuestro país se encontraba sumamente atrasado en materia legislativa ambiental, lo cual se puede explicar por varias razones. En primer lugar, porque existía una alta dispersión normativa ambiental que generaba incertezas para el sector público y privado, sin que existiese una política ambiental uniformada.²⁵ En segundo término, porque el sistema de fiscalización era muy fragmentado y no había criterios de integración entre los diferentes actores²⁶ y, por último, porque tampoco existía un órgano jurisdiccional ambiental que pudieran solucionar los conflictos que se suscitaban.

Andrea Lucas Garín describe esta situación en los siguientes términos: *“(...) Por la década del setenta, la protección de recursos naturales estaba conectada a la noción de propiedad y su adelanto era bastante pobre. Antes de 1990, Chile no tenía una política medioambiental, aunque la Constitución desde 1980 había adoptado cláusulas que hacían directa alusión al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Art. 19 Numeral 8) específicamente desde los setenta el país contaba con políticas sectoriales.”*²⁷

El cambio de enfoque comienza a visualizarse en el año 2010 con la Ley N° 20.417 crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.²⁸

²⁵ CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.417. p. 12. Disponible en: <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3> [visto el 30 de mayo de 2014]

²⁶ CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.417. p. 13.

²⁷ LUCAS, Andrea. “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: su recepción en la Constitución Chilena reformada”. [en línea]. *Revista de derecho público de la Universidad de Chile*, Volumen 69. Santiago. Chile. 2007. p.4. Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/PaperJornDchoPubl06LucasGar%EDn.pdf> [visto el 30 de mayo de 2014].

²⁸ CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Ley N° 20.417. (26, enero, 2010).

Con la creación de tres organismos públicos se buscó, por una parte, modernizar el sistema anquilosado y poco efectivo que se tenía en materias ambientales y, por otra, asegurar de manera adecuada y eficaz el derecho que tienen todos los ciudadanos, para lograr un desarrollo sustentable y armónico en nuestro país.²⁹

Cada uno de estos organismos cumple diferentes funciones dentro de la nueva institucionalidad ambiental, tal como se explica a continuación:

1.1. El Ministerio del Medio Ambiente tiene como objetivo *“colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, así como en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa.”*³⁰

En consecuencia, esta institución deberá hacerse cargo de las políticas y regulaciones inherentes al tema medioambiental.

1.2. El Servicio de Evaluación Ambiental tiene como labor encargarse de la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental *“a través del cual se evalúa y certifica que las iniciativas, tanto del sector público como del sector privado, se encuentran en condiciones de cumplir con los requisitos ambientales que les son aplicables.”*³¹

1.3. La Superintendencia del Medio Ambiente tiene como función ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización en materia ambiental y fiscalizar el cumplimiento de los instrumentos de gestión ambiental, a saber: (a) resoluciones de calificación

²⁹ CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.417. p. 4.

³⁰ GOBIERNO DE CHILE, Página oficial del Ministerio de Medio Ambiente, Disponible en: <http://www.mma.gob.cl/1304/w3-propertyvalue-16227.html> [visto el 23 de abril de 2014].

³¹ SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DEL GOBIERNO DE CHILE, Disponible en: <http://www.sea.gob.cl/contenido/que-es-el-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental> [visto el 24 de abril de 2014].

ambiental; (b) planes de prevención y/o descontaminación; (c) las normas ambientales y correcta aplicación y; (d) los planes de manejo, que se refieran a las acciones a seguir por una empresa para evitar las consecuencias ambientales negativas que podrían generarse.³²

Este proceso de reforma culmina un par de años más tarde con la dictación de la Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales publicada en Junio de 2012.³³ Los objetivos de esta nueva judicatura –según se expresa en el Mensaje Presidencial del proyecto de ley– fueron los siguientes: (a) disponer de un control jurisdiccional de las decisiones de la autoridad administrativa ambiental; (b) que este control estuviese a cargo de jueces especializados; (c) que los tribunales fuesen un organismo de integración mixta y; (d) que dada la especialización y carácter exclusivo, éstos proveyeran de decisiones predecibles, permitiendo otorgar certeza jurídica a todos los interesados.³⁴

A continuación se presenta un gráfico que ilustra los organismos y relaciones que componen la nueva institucionalidad ambiental en Chile.³⁵

³² CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.600. p. 5.

³³ CHILE. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Ley N° 20.600. (28, junio, 2012).

³⁴ CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.600. p.11. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37272/1/HL20600.pdf> [visto el 30 de mayo de 2014]

³⁵ TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO DE CHILE, Disponible en: <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/informacion-institucional/institucionalidad-ambiental/> [visto el 30 de mayo de 2014].

Figura 1. Esquema resumen sobre la nueva institucionalidad ambiental en Chile



2. Tribunales Ambientales. Organización, atribuciones y procedimientos.

Los Tribunales Ambientales son “*órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias medio ambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento.*”³⁶

La Ley N° 20.600 crea tres Tribunales Ambientales, los cuales están establecidos en las ciudades de Antofagasta (Primer Tribunal), Santiago (Segundo Tribunal) y Valdivia (Tercer Tribunal), con competencias en la zona norte, centro y sur de Chile, respectivamente.³⁷

³⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Guía legal sobre Tribunales Ambientales”. Disponible en: <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/tribunales-ambientales> [visto el 24 de abril de 2014].

³⁷ Las disposiciones transitorias de la Ley N° 20.600 prescribieron la entrada en funcionamiento de los tribunales en forma gradual. Así, el Segundo Tribunal Ambiental (Santiago) comenzaría a ejercer sus funciones dentro del plazo de 6 meses contados desde la publicación de esta ley, el cual tendría competencia para conocer de todas las causas mientras no entraran en funcionamiento los otros dos tribunales. El día 4 de marzo de 2013 dicho tribunal comenzó sus actividades jurisdiccionales. Los otros dos tribunales entrarían en funcionamiento en el plazo de 12 meses contados desde la publicación de la ley. Actualmente, se encuentra en funcionamiento solo el Tercer Tribunal Ambiental (Valdivia) que inició

La composición de estos tribunales es algo distinta a la generalidad, porque se trata de un tribunal colegiado conformado por tres ministros, de los cuales “*dos deben contar con título de abogado, ejerciendo la profesión por al menos 10 años con experiencia profesional o académica especializada en derecho administrativo o ambiental*”. Además estos tribunales deben contar con un experto en materias medioambientales que posea el título de “*Licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales con 10 años de ejercicio profesional.*”³⁸

El procedimiento de selección de los ministros integrantes es bastante complejo, pues intervienen diferentes autoridades y organismos públicos, lo que lo hace un procedimiento largo y engorroso. Asimismo, se discute la intervención de los tres poderes del Estado, pues deja sometida la designación de jueces especializados a acuerdos políticos,

sus actividades el día 9 de diciembre de 2013, mientras que el Primer Tribunal Ambiental (Antofagasta) aún no lo hace. Ello parece deberse a la dificultad de escoger a los candidatos, ya que se evidenció un proceso altamente exigente y extenso en donde existieron complicaciones y diferencias de criterios sobre el perfil de los ministros. En el caso de la composición y establecimiento del tribunal de Antofagasta, el reclutamiento fue particularmente difícil debido a las altas exigencias del cargo, las inhabilidades propias de él, lo extenso del proceso de selección, y, particularmente en esta zona minera, la renuncia económica que implicaba ejercer el cargo en comparación al ejercicio privado de la profesión, siendo prueba de esto que a finales de febrero de 2014 ya se habían realizado tres concursos sin resultados satisfactorios.

³⁸ Como se señaló anteriormente, actualmente se encuentran funcionando el Tribunal Ambiental de Santiago y el de Valdivia, en consecuencia, dichos tribunales, una vez realizado el proceso de selección pertinente, designaron a los ministros “*expertos en materias medioambientales*”. En ambos casos, dichos ministros titulares poseen el título de Ingeniero Comercial, además de haber realizado variadas actividades complementarias que se relacionan con las ciencias naturales y el medio ambiente. En el caso de Santiago el ministro designado es Sebastián Valdés de Ferrari, mientras que en Valdivia el ministro designado es Roberto Pastén Carrasco. Para acceder a sus registros académicos y laborales puede visitar la página web oficial de cada tribunal [Santiago: <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/informacion-institucional/estructura-del-tribunal/ministros/> Valdivia: <http://www.tercertribunalambiental.cl/estructura-del-tribunal/>].

lo que resulta grave a la hora de analizar la verdadera independencia que estos gozan respecto del gobierno de turno.³⁹

*En relación a esta materia, se ha señalado que “Las altas exigencias laborales y/o académicas para postular al cargo de ministro de un Tribunal Ambiental –que implica superar el proceso de selección que realiza el Consejo de Alta Dirección Pública, integrar la quina propuesta por la Corte Suprema, disponer del voto de los tres quintos miembros en ejercicio del Senado y ser designado Ministro del Tribunal Ambiental por el Presidente de la República– lo transforman en uno de los procesos más complejos y burocráticos. Ello lo hace incierto en resultados, inhibitorio para potenciales candidatos y cuestionable para algunos.”*⁴⁰

Para entender de forma más ilustrativa la composición de nuestros tribunales ambientales adjuntamos el siguiente organigrama, que grafica la estructura de cada tribunal.⁴¹

³⁹ La estructura del procedimiento de selección consta de 4 etapas que están a cargo de 4 órganos diferentes; del Consejo de Alta Dirección Pública, de la Corte Suprema, del Presidente de la República y, en último lugar, del Senado. Para conocer en detalle de qué se encarga cada órgano, se puede visitar la página web oficial del Tribunal Ambiental de Santiago. Disponible en: <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/informacion-institucional/estructura-del-tribunal/nombramiento-de-integrantes/> [visto el 30 de mayo de 2014]

⁴⁰ Plumer, Marie. “Los tribunales ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental”. *Anuario de Derecho Público UDP 2013*, Primera Edición. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. 2013. p. 302.

⁴¹ TRIBUNAL AMBIENTAL DE SANTIAGO DE CHILE. Página web institucional del Tribunal Ambiental de Santiago de Chile. Disponible en: <http://www.tribunalambiental.cl/2ta/informacion-institucional/estructura-del-tribunal/organigrama-del-tribunal/> [visto el 30 de mayo de 2014].

Figura 2. Organigrama sobre la estructura de los tribunales ambientales chilenos.



Ahora bien, en relación a los procedimientos que deben conocer los Tribunales Ambientales, la Ley N° 20.600 regula los siguientes:

- 2.1. Procedimiento de reclamación, en virtud del cual una persona natural o jurídica puede reclamar en contra de las resoluciones administrativas dictadas por la Superintendencia u otro órgano administrativo ambiental.⁴²
- 2.2. Procedimiento para la solicitud de autorización de medidas provisionales, el cual tiene por finalidad evitar un daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas.⁴³ Como su nombre lo indica, se refiere a la entrega de una autorización por parte del tribunal para que la Superintendencia de Medio Ambiente pueda utilizar alguna de las medidas provisionales del artículo 48 de la Ley N° 20.417, en especial las letras c), d) y e), como por ejemplo, el cierre de una empresa o fábrica hasta que se cumplan con los requisitos medioambientales establecidos.⁴⁴

⁴² CHILE. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Ley N° 20.600. Artículos 27 a 31.

⁴³ CHILE. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Ley N° 20.600. Artículo 32.

⁴⁴ CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Ley N° 20.417. (12, enero, 2010)

2.3. Procedimiento de demandas de reparación de daño ambiental, el cual pretende determinar la responsabilidad culposa o dolosa de quien ha producido un daño al medio ambiente, tomando las medidas necesarias para evitar que el daño aumente o repararlo materialmente.⁴⁵

3. Procedimiento de demandas de reparación por daño ambiental.

La Ley N° 20.600 establece, entre los artículos 33 y 44, el procedimiento a seguir para las demandas de reparación por daño ambiental. Entre las principales características de este procedimiento encontramos su carácter público, predominantemente escrito, concentrado, con impulso procesal de oficio y la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica. Sin perjuicio de las normas contenidas en esta ley, el artículo 47 consagra la supletoriedad de las disposiciones de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil.⁴⁶

El procedimiento de reparación por daño ambiental se puede iniciar por medio de una demanda o una medida prejudicial, existiendo un control de admisibilidad sobre la base de los requisitos indicados en el artículo 33, éstos son, la solicitud expresa de la declaración de haberse producido daño ambiental por culpa o dolo del demandado, la condena de éste a repararlo materialmente y aquellos requisitos generales exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la presentación de la demanda.

Luego, se otorga traslado para la contestación, por un plazo de 15 días. En el caso de interponerse excepciones dilatorias, éstas no

⁴⁵ CHILE. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Ley N° 20.600. Artículos 33 a 44.

⁴⁶ Actualmente el procedimiento civil en Chile tiene un carácter público, escrito, de lato conocimiento, el cual es impulsado por una parte, se rige por el principio dispositivo y la valoración de la prueba se somete a las reglas de la prueba legal o tasada. Sin embargo, existe un proyecto de reforma, recién aprobado por la Cámara de Diputados el 11 de mayo de 2014, comenzando su tramitación en el Senado el 21 de mayo de 2014. Esta reforma procesal civil pretende innovar, especialmente respecto al carácter concentrado en una audiencia oral, lo que significará que el procedimiento será esencialmente oral, además será impulsado de oficio y la valoración de la prueba según la sana crítica.

suspenden el procedimiento, salvo la de incompetencia del tribunal. Una vez contestada la demanda, el Tribunal Ambiental debe decidir si recibe o no la causa a prueba. Sin perjuicio de esa decisión, con posterioridad se realiza una audiencia, la cual concentra los trámites de conciliación, prueba (existe amplia admisibilidad de medios de pruebas) y los alegatos orales de las partes. La audiencia se realiza en una fecha no superior a 30 días contados desde la resolución que no reciba la causa a prueba y no antes de 20 ni después de 30 días, de la resolución que si lo haga.

Terminada la audiencia, el Tribunal Ambiental debe citar a las partes a oír sentencia y dictar fallo dentro de un plazo de 30 días, el cual puede ampliarse hasta cinco días, por razones fundadas. Dentro de este plazo, el tribunal puede decretar medidas para mejor resolver, las que deben cumplirse dentro del plazo de 15 días, contado desde la notificación de la resolución que las decreta. Para hacer ejecutar sus resoluciones, el Tribunal Ambiental puede impartir órdenes directas a la fuerza pública o utilizar los demás medios que la ley le otorga.

Respecto a la facultad de este tribunal para decretar medidas cautelares, el artículo 24 de esta ley, señala que *“con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada”*, podrá decretar *“medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento”*. Este punto se desarrollará con detalle en el capítulo siguiente del trabajo.

CAPÍTULO IV

LAS MEDIDAS INNOMINADAS EN EL PROCEDIMIENTO DE REPARACIÓN POR DAÑO AMBIENTAL.

En este capítulo analizaremos las características y fundamentos de las medidas cautelares contenidas en el artículo 24 de la Ley N° 20.600 y su relación con el principio preventivo que inspira esta reforma. Además, revisaremos un caso concreto de aplicación de las medidas cautelares innominadas seguido ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.

1. Características y requisitos de las medidas cautelares en el procedimiento de reparación por daño ambiental.

La Ley N° 20.600 que crea los Tribunales Ambientales en Chile establece una regulación amplia y genérica de las medidas cautelares, a saber:

*“Artículo 24.- De las medidas cautelares. Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, **el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento.** Son medidas conservativas aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. Son innovativas aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida.*

*El Tribunal **podrá decretar estas medidas en cualquier estado del proceso o antes de su inicio y por el plazo que estime conveniente. Podrá decretarlas de oficio o a petición de parte, según corresponda, de acuerdo a las normas generales, debiendo en este último caso resolver mediante resolución fundada, sea de plano o con citación”.***

Cuando se soliciten estas medidas, el requirente deberá acompañar los antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que podrían originarse.

Deducida oposición o pedido el alzamiento de la medida, deberá adjuntarse a los correspondientes escritos la prueba documental pertinente, debiendo el Tribunal poner las respectivas solicitudes en conocimiento de la parte contraria, citando a una audiencia dentro de un plazo no superior a diez días, en la que escuchará a las partes y resolverá la mantención, modificación o alzamiento de la medida.

En las controversias cautelares sólo se admitirá prueba documental. Las medidas decretadas se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa.

La cautela innovativa sólo podrá decretarse ante la inminencia de un perjuicio irreparable. Si el Tribunal estimare que no concurren las circunstancias que la hagan procedente podrá, de oficio, decretar la medida cautelar que a su juicio corresponda.

La resolución que conceda o deniegue una medida cautelar se notificará al afectado. Si la medida se hubiere concedido prejudicialmente el solicitante deberá presentar su demanda en el plazo de quince días hábiles contado desde que se concedió la cautela o en el término mayor que fije el Tribunal. Si así no lo hiciera la medida quedará sin efecto de pleno derecho.

Siempre que existiere motivo grave, el Tribunal podrá disponer que las medidas se lleven a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan. En este caso, transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El Tribunal podrá ampliar este plazo por motivo fundado.” (El énfasis es nuestro).

Como se observa, los Tribunales Ambientales tienen amplias facultades en la dictación de las medidas cautelares, dejando un gran margen de acción a los jueces, ya que no existe un catálogo taxativo de las medidas que se pueden decretar. Por ello, entendemos que la ley otorga a los Tribunales Ambientales la facultad de dictar medidas cautelares innominadas.

Conforme al artículo 24 los tribunales ambientales pueden decretar tanto medidas innovativas como conservativas. Las primeras tienen por objeto modificar un estado de cosas preexistente, siempre y cuando sea inminente un “perjuicio irreparable”, en cambio, las segundas buscan asegurar el resultado de la pretensión.

Para la dictación de estas medidas se debe cumplir con los siguientes requisitos: (a) ellas deben ser necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos al conocimiento del tribunal (*periculum in mora*); (b) deben ser dictadas con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada (*fumus bonis iuris*); y (c) el tribunal podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que podrían originarse. Respecto a la prueba de estas medidas, sólo se recibe la prueba documental.⁴⁷

Además, en el caso de las medidas innovativas, si el tribunal estimare que no concurren las circunstancias que la hagan procedente podrá, de oficio, decretar la medida cautelar que a su juicio corresponda. Es decir, la ley otorga al juez la facultad de modificar la medida solicitada por otra que considere más adecuada. Finalmente, se le confiere al tribunal la facultad de disponer que las medidas se lleven a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan, siempre que existiere motivo grave.

2. Fundamento de las medidas cautelares. Principio preventivo vs. Principio precautorio.

Cuando se analizan los fundamentos de las medidas cautelares en conflictos medioambientales se hace referencia a dos principios que rigen en esta materia: el principio preventivo y el principio precautorio.

El principio precautorio se encuentra recogido en la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo del 1992, del siguiente modo: “*Cuando haya peligro de **daño grave o irreversible**, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.*”⁴⁸ (El énfasis es nuestro).

⁴⁷ CHILE. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Ley N° 20.600. Artículo 24.

⁴⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo*. 1992.

Según sostiene Beatriz Arcila *“las principales razones que llevaron a la formulación de este principio son: en primer lugar, que en materia ambiental es difícil detectar de inmediato los daños generados por determinada actividad; es necesario que transcurra un determinado tiempo para saber cuál fue la afectación real y cierta que se ocasionó. En segundo lugar, porque los correctivos que se toman de manera anticipada tienen un menor costo social, político y económico. En tercer lugar, porque cuando se está frente a un proceso de toma de decisiones, generalmente hay un campo que se deja al azar debido a circunstancias de ignorancia o incertidumbre, y en materia ambiental ese rango de incertidumbre y de azar se constituye en un riesgo para el medioambiente que no se puede asumir y que el principio de precaución busca eliminar al imponerle al generador del riesgo la obligación de tomar las medidas necesarias para prevenir el daño y de probar que la actividad no es riesgosa para el bien tutelado. En cuarto lugar, se está frente a un derecho colectivo cuya afectación pone en riesgo el interés general y limita las posibilidades de la conservación de la especie humana lo que justifica la adopción de un modelo precautorio.”*⁴⁹

Por otro lado, el principio preventivo *“se encarga del riesgo sabido, conocido, verificado, comprobado, real.”*⁵⁰ Sostiene Cafferatta que el énfasis preventivo *“aunque se apoya a la postre en un dispositivo sancionado, sus objetivos son fundamentalmente preventivos, porque la coacción a posteriori resulta ineficaz, puesto que muchos de esos daños ambientales, de producirse son irreversibles. De manera que la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizás irreparables. Por ello se recomiendan la adopción*

⁴⁹ ARCILA, Beatriz. “Las medidas cautelares en el proceso ambiental”, *Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 23, 2013, Medellín, Colombia, p. 38.

⁵⁰ CAFERRATA, Néstor. “Los principios y reglas del Derecho ambiental” [en línea]. Conferencia en *Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales*. Asunción, Paraguay. 20-30 de mayo de 2008. p. 53. Disponible en: <http://www.pnuma.org/deramb/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf> [visto el 21 de junio de 2014]

de estrategias previsoras en etapas precoces del proceso potencialmente dañoso."⁵¹

En este sentido Roberto Andorno señala que la "precaución" va más allá de la simple "prevención". En la "prevención" la peligrosidad de la cosa o actividad ya es bien conocida (por ejemplo, el uso de automóviles o el consumo de tabaco), y lo único que se ignora es si el daño va a producirse o no en un caso concreto. En cambio, en la "precaución", la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido científicamente comprobada de modo pleno, sino que solo existe una sospecha fundada de que pueda existir.⁵²

Así, la diferencia entre el modelo o enfoque preventivo y el modelo anticipativo o precautorio radica en que el primero se apoya en la certeza científica del riesgo de daño ambiental, mientras que en el segundo es consustancial a su propia definición la ausencia de certeza científica absoluta acerca de la probabilidad del riesgo.⁵³

En el caso chileno una primera aproximación al principio de la prevención o principio preventivo se encuentra en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República, que consagra el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el deber del Estado de

⁵¹ CAFERRATA, Néstor. "Principio de Prevención en el derecho ambiental". [en línea]. *Revista de Derecho Ambiental; Doctrina, Jurisprudencia, legislación y Práctica*. Lexis Nexis. Noviembre. 2004. Buenos Aires. En: Lloret, Elsa. "El principio preventivo y precautorio en el derecho ambiental". ¿A qué principio responde la Evaluación de Impacto Ambiental?. Cartapacio de Derecho: *Revista Virtual de la Facultad de Derecho*. N° 21. 2011. p. 10. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4283316> [visto el 21 de junio de 2014].

⁵² ANDORNO, Roberto. "*Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos*" [en línea]. En: Romeo-Casabona, Carlos. "*Principio de Precaución, biotecnología y derecho*", Universidad Deusto, Bilbao, 2004. Disponible en: http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacf050060-andorno-validez_principio_precaucion_como.htm;jsessionid=1pb5eewodfzm11qf5qyvfmy0fk?0&bsrc=ci [visto el 21 junio de 2014].

⁵³ ARCILA, Beatriz. "Las medidas cautelares en el proceso ambiental", *Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 23, 2013, Medellín, Colombia, p. 39.

velar por que este derecho no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza.

El inciso segundo de la norma citada dispone que *“la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”*, lo que a juicio de Jorge Bermúdez, autorizaría *“a limitar otros derechos y libertades para garantizar la protección al medio ambiente. Puesto de otro modo, en vez de disponer la Constitución en la regulación de un determinado derecho una autorización a la Ley para limitarlo, lo que hace (...) es autorizar al legislador a establecer limitaciones a otros derechos para protegerlo.”*⁵⁴

Por su parte, en el Mensaje Presidencial del proyecto de Ley de Bases Generales del Medio Ambiente se define expresamente el principio preventivo como aquel que *“pretende evitar que se produzcan los problemas ambientales”*. Y agrega que *“no es posible continuar con la gestión ambiental que ha primado en nuestro país, en la cual se intentaba superar los problemas ambientales una vez producidos.”*⁵⁵ Éste constituye el primer reconocimiento expreso de este principio en nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, son varias las instituciones legales que reflejan este principio en la nueva institucionalidad ambiental chilena, tal es el caso del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁵⁶, los Planes de

⁵⁴ Bermúdez, Jorge *“Fundamentos de Derecho Ambiental”*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2007. En: Guilloff, Matías. “El Dilema del Artículo 19 N° 8 inciso 2”. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*. Sección: Estudios. Año 18 - N° 1. 2011, p. 154.

⁵⁵ CHILE. Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley en la Historia de la Ley. (14, septiembre, 1992). Cuenta en Sesión 26, Legislatura 324. Mensaje N° 387-324.

⁵⁶ “Uno de los principales instrumentos para prevenir el deterioro ambiental es el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA)” Disponible en: <http://www.sea.gob.cl/contenido/que-es-el-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental> [visto el 15 abril 2014].

Prevención y de Descontaminación⁵⁷ y las normas sobre responsabilidad por daño ambiental.⁵⁸

Como se observa, el legislador chileno en materia medioambiental optó por el principio preventivo y no por el precautorio. Sin embargo, cabe señalar que el año 2013, en la última modificación de la Ley General de Pesca y Acuicultura, se incorpora el principio precautorio. El artículo 1º letras b) y c) señala que *“el objetivo de esta ley es la conservación y el uso sustentable de los recursos hidrobiológicos, mediante la aplicación del enfoque precautorio, de un enfoque ecosistémico en la regulación pesquera y la salvaguarda de los ecosistemas marinos en que existan esos recursos”*. Consagrando expresamente un “enfoque precautorio” y no solo un “enfoque preventivo”⁵⁹ (El énfasis es nuestro).

Por último, de acuerdo a la Historia de la Ley N° 19.300, otro de los principios inspiradores de ésta es el “gradualismo” definido del siguiente modo: *“el proyecto no pretende exigir de un día para otro los estándares ambientales más exigentes, ni someter a todas las actividades del país, sin importar su tamaño, a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. Tampoco pretende contener todas las disposiciones ambientales que es necesario crear. Muy por el contrario, la intención es comenzar efectivamente un proceso de regulación ambiental del cual este es el primer paso, pero quedando todavía muchos por hacer. En consecuencia, sólo dará el marco general que será aplicable a todas las actividades o recursos respecto de los cuales, posteriormente, se irá creando una legislación especial.”*⁶⁰

⁵⁷ “Tiene por finalidad evitar la superación de una o más normas de calidad ambiental primaria o secundaria, en una zona latente” Disponible en: <http://www.sinia.cl/1292/w3-propertyvalue-15907.html> [visto el 15 abril 2014].

⁵⁸ CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (01, marzo, 1994). Artículo 51 y siguientes.

⁵⁹ CHILE. MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO; SUBSECRETARÍA DE PESCA Y ACUICULTURA. Ley N° 20.657. (01, enero, 2013). Artículo 1º letras b) y c).

⁶⁰ CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.300. (09, marzo, 1994).

3. Las medidas cautelares en la práctica.

Con el fin de conocer la aplicación práctica de las medidas cautelares en los procedimientos de reparación por daño ambiental realizamos un levantamiento de información a partir de los expedientes digitales de las causas ventiladas ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago.

Pudimos constatar que hasta la fecha de cierre de este trabajo han ingresado 20 causas de daño ambiental, en las cuales se ha decretado **solo una medida cautelar**. Lo interesante de este hallazgo es que dicha medida es **dictada de oficio** por el referido tribunal.

Se trata de un caso iniciado en el año 2013 por el Estado de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, en contra de “Servicios Generales Larenas Ltda.”, representado legalmente por Patricio Larenas Rioseco.⁶¹

La demanda se funda en que “Servicios Generales Larenas Ltda.” se encuentra ejecutando obras de extracción de áridos en el cauce del Río Duqueco en la VIII Región del Biobío, sin contar para ello con la debida autorización. De acuerdo a lo sostenido por el demandante, las intervenciones antes descritas han generado un gravísimo daño al Río Duqueco e incluso, debido a la erosión, han llegado a comprometer las bases del puente Calderones; poniendo en peligro tanto el ecosistema del lugar, el recurso hídrico y a la población.⁶²

Una vez recibida la demanda, el Segundo Tribunal Ambiental solicita oficios a diversos organismos públicos para que remitan antecedentes respecto del caso, entre ellos, a la Superintendencia del Medio Ambiente, al Servicio de Evaluación Ambiental, a la Dirección de Obras Hidráulicas,

⁶¹ CHILE. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Medida Cautelar de Oficio en contra de “Servicios Generales Larenas Ltda.”. 26 de septiembre de 2013. Causa Rol D-6-2013.

⁶² Escrito de la demanda. Consejo de Defensa del Estado. Causa Rol D-6-2013.

a la Dirección General de Aguas, al Servicio de Salud de la Región del Biobío y a la Municipalidad de Quilleco.⁶³

Con el mérito de esos informes –y antes de antes de que el demandado fuese notificado– el Segundo Tribunal Ambiental dicta de oficio una medida cautelar que consiste en la paralización inmediata de las obras, tal como se transcribe a continuación:

*“Por lo señalado precedentemente, esta Magistratura considera que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley N° 20.600, decretando en este acto y de oficio, **la paralización inmediata de las obras de extracción y explotación de áridos en el Cauce el río Duqueco, en el sector de Llano Blanco, aguas abajo del Puente Calderones en la comuna de Quilleco, Provincia y Región del Bio Bío, realizadas por la empresa “Servicios Generales Larenas Ltda.”, por el tiempo que dure el proceso por daño ambiental seguido ante este Tribunal.**”⁶⁴ (El énfasis es nuestro).*

Según se señala en la resolución antes referida, la medida decretada se funda en el oficio remitido por la Dirección General de Aguas de la Región del Biobío, donde se constata que, por una parte, las faenas de extracción y procesamiento continúan, incumpliendo la resolución N° 1442 de la DGA⁶⁵ y, por otra, que estas obras modifican las características de escurrimiento del Río Duqueco, generando un alto riesgo de degradación y descenso del lecho. Estos efectos podrían alcanzar la estructura vial ubicada aguas arriba (el puente Calderones),

⁶³ CHILE. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Resolución “Oficiese”. 23 de agosto de 2013. Causa Rol D-6-2013.

⁶⁴ CHILE. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Medida Cautelar de Oficio en contra de “Servicios Generales Larenas Ltda.”. 26 de septiembre de 2013. Causa Rol D-6-2013.

⁶⁵ CHILE. Dirección General de Aguas del Biobío. Resolución Exenta N° 1442. 09 de noviembre de 2011. En esta resolución el órgano administrativo constata la actividad extractiva, la construcción de un pretil para el ingreso de maquinaria pesada al río Duqueco y la falta de autorización para llevar a cabo dicha actividad. En virtud de lo anterior dispone que la empresa paralice inmediatamente las obras, restaure el curso de las aguas y suprima la construcción realizada.

comprometiendo su estabilidad y agravando los efectos erosivos en propiedades colindantes.

Llama la atención que esta resolución sea breve y no se observe un desarrollo de los fundamentos por los cuales se decreta la medida, específicamente sobre cómo se verifican en el caso concreto los requisitos que la ley impone. A nuestro juicio, ello podría dificultar la defensa de la parte contra quien ha sido decretada (aun cuando en este caso se encuentra rebelde), pero en especial, podría limitar el control de la imparcialidad judicial por parte del demandado.

Sin embargo, en la conversación sostenida con algunos miembros del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, un desarrollo escueto o breve de los fundamentos de la dictación de la medida cautelar decretada tiene precisamente como objetivo preservar la imparcialidad objetiva del tribunal, pues mientras menos indicios o juicios se emitan de forma previa a la sentencia es más baja la posibilidad de afectar la imparcialidad o incurrir en prejuzgamiento.

CONCLUSIONES

Este trabajo tuvo como objetivo analizar si la garantía de la imparcialidad judicial puede verse afectada con la dictación de medidas cautelares innominadas en el procedimiento de reparación de daño ambiental consagrado en la ley chilena.

Sabemos que la imparcialidad es una garantía del debido proceso y, por tanto, es un derecho que todos los sistemas procesales debieran asegurar. Por ello, partimos de la base de que la imparcialidad de los jueces debe presumirse y debemos confiar en que los jueces que han sido preparados para desarrollar de forma adecuada el ejercicio de la función jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo anterior, como Semillero de Derecho Procesal somos conscientes de que existe un riesgo que podría menoscabar esta imparcialidad pues, de lo contrario, no se explicaría la existencia de mecanismos de protección de esta garantía, como ocurre por ejemplo

con las impugnaciones o recusaciones contenidas en el Código Orgánico de Tribunales.

El riesgo que observamos estaría dado porque cuando el juez decreta una medida cautelar, sea a petición de parte o de oficio, emite una opinión que exige un nivel de conocimientos de los hechos del caso y luego, una vez terminado el proceso, debe pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida posterior que podría verse influenciada por la opinión previa. Esto es lo que se denomina la “fuerza de la prevención”.

Consideramos que este riesgo se incrementa si se trata de cautelares innominadas, pues implica un proceso de construcción y creación por parte del juez, sea que la medida haya sido solicitada por las partes o haya sido decretada de oficio. En efecto, el juez no está sujeto a un listado taxativo previamente establecido en la ley, por tanto puede decretar la o las medidas que considere necesarias, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto.

Por último, si dicha medida es decretada de oficio, a nuestro juicio, el riesgo se incrementa aún más, pues es el juez quien debe realizar una labor creativa identificando qué medida será la idónea al caso concreto, supliendo la inactividad de las partes frente a un daño o corrigiendo la solicitud, en el evento que decrete una medida diversa a la solicitada. El juez es quien elabora la medida y, al mismo tiempo, es el impulsor de su dictación.

Sin embargo, luego de la realización de esta investigación consideramos que este riesgo se ve aminorado en la judicatura ambiental, ya que su diseño establece una serie de requisitos y mecanismos que resguardarían la imparcialidad objetiva de los ministros del tribunal a la hora de decretar una medida cautelar.

En primer término, consideramos que la certeza exigida en relación al daño opera como un mecanismo de protección. Tal como se expuso en el cuerpo de este trabajo, el principio que rige la legislación ambiental es el principio preventivo, por lo tanto, en casos en que no se tiene certeza científica sobre si determinada actividad produce o no un deterioro en el

medioambiente, en la salud o vida de las personas, el tribunal debe rechazar sin más la medida cautelar o bien podría no decretar una de oficio.

En segundo lugar, el riesgo de afectación a la imparcialidad se ve disminuido debido al carácter técnico de los Tribunales Ambientales y, en especial, por la presencia de un ministro experto en estas materias, quien tal como se señaló precedentemente, debe ser licenciado en ciencias con especialización en materias medio ambientales con 10 años de ejercicio profesional. Los ministros que tienen formación legal confían y complementan sus conocimientos con los estudios y experticia de los ministros técnicos, ya que éstos poseen una formación especializada para poder interpretar la información científica y así evaluar la existencia de un posible daño o la mantención del mismo.

Por otra parte, los Tribunales Ambientales cuando decretan una medida cautelar tienen a la vista los informes técnicos de distintos organismos públicos especializados y una abundante información proporcionada por las partes. Ello fue justamente lo que ocurrió en el Caso del Río Duqueco, donde el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago -como ya se mencionara- solicitó informes a la Superintendencia del Medio Ambiente, al Servicio de Evaluación Ambiental, a la Dirección de Obras Hidráulicas, a la Dirección General de Aguas, al Servicio de Salud de la Región del Biobío y a la Municipalidad de Quilleco.

Por último, en el supuesto que las partes consideren que la imparcialidad de alguno de los ministros se ve afectada, podrán hacer uso de las impugnancias y recusaciones que prevé el Código Orgánico de Tribunales, mecanismos que hasta la fecha no han sido utilizados para inhabilitar jueces ambientales.

Por ello, y respondiendo la pregunta de investigación planteada al inicio de este trabajo, consideramos que si bien la dictación de medidas cautelares podría generar un riesgo a la imparcialidad judicial, especialmente si éstas son innominadas, creemos que este riesgo se justificaría en consideración al bien jurídico protegido que subyace a la nueva institucionalidad ambiental chilena, esto es, la protección del medio ambiente. Si bien la legislación ambiental no lo dice en forma

expresa, consideramos que ello se puede desprender de las instituciones creadas, sus funciones y el impacto de sus decisiones.

Ello se puede colegir de la propia Constitución Política que establece en el artículo 19 N° 8 el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Se trata además de un derecho constitucional de carácter público y colectivo, que conlleva la protección de otros derechos fundamentales de corte individual, como es la vida o la salud física o psíquica. El constituyente establece la preponderancia de este derecho por sobre otros en determinadas circunstancias, tal como prescribe el inciso segundo del artículo 19 N° 8 de la Constitución Política.

No podemos dejar de señalar otro aspecto que nos parece medular en este tema. Como ya se ha desarrollado en el trabajo, en nuestro sistema medio ambiental rige el principio preventivo, en virtud del cual se exige un daño cierto. No obstante –siguiendo el principio número 15 de la Declaración de Río– somos de la idea de que nuestro país debiera avanzar de forma paulatina hacia un modelo en que el principio precautorio sea la piedra angular de la legislación ambiental.

Somos conscientes de que esta postura podría acarrear mayores riesgos para la imparcialidad objetiva de los ministros de los Tribunales Ambientales, especialmente en aquellos casos difíciles donde no existe certeza científica respecto al daño ambiental. Sin embargo, asumimos dicho costo en virtud del bien jurídico protegido que generalmente, como ya hemos dicho, nos involucra a todos y a un conjunto de derechos relacionados entre sí. Además, en caso de ser patente o grave la afectación a la imparcialidad, las partes siempre podrán recurrir a las vías legales ya establecidas.

Creemos que nuestra postura es coherente con el principio del gradualismo contenido en la historia de la Ley N° 19.300, en virtud de la cual se busca que con el pasar de los años se vaya avanzando hacia una legislación ambiental que cumpla con los estándares internacionales. Nos parece que una manifestación de este avance progresivo y gradual se observa en la modificación de la Ley de Pesca del año 2013, donde

se consagró expresamente y por primera vez en Chile, un enfoque precautorio.

Es probable que si se avanza en pos del principio precautorio con más fuerza, las solicitudes de medidas cautelares aumenten y también las que se decreten de oficio. En ese caso, la mantención de una potestad cautelar amplia del juez se justificaría, pues permite ajustarse de la forma más adecuada al caso concreto que pueda presentarse, atendiendo a las características propias de la materia en cuestión. Si bien en dichos casos podría presentarse alguna una colisión con la imparcialidad, como dijimos, siempre será posible recurrir a los mecanismos de protección establecidos en la legislación general, de forma tal que, en definitiva, no vemos que exista una grave afectación al derecho al juez imparcial en su dimensión objetiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDORNO, Roberto. “*Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos*” [en línea].
- ARCILA, Beatriz. “Las medidas cautelares en el proceso ambiental”, *Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 23, 2013, Medellín, Colombia, p. 38.
- BEJARANO, Adriana. “*Aplicación y regulación de las medidas cautelares en materia ambiental por el Tribunal Ambiental Administrativo de Costa Rica*” [en línea].
- BERMÚDEZ, Jorge. “*Fundamentos de Derecho Ambiental*” Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso. 2007.
- BORDALÍ, Andrés. “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno” [en línea]. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N° XXXIII. Segundo semestre de 2009. Valparaíso, Chile.
- BORDALÍ, Andrés. “*Proceso Civil: Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*”. Primera Edición. Editorial Legal Publishing. 2013. Santiago. pp. 16-17.

CAFERRATTA, Néstor. “Los principios y reglas del Derecho ambiental” [en línea].

CAFERRATTA, Néstor. “Principio de Prevención en el derecho ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental; Doctrina, Jurisprudencia, legislación y Práctica*. Lexis Nexis, Noviembre 2004. Buenos Aires.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires. Bibliográfica Argentina. 1945. p. 45.

CASTILLO, Luis. “El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional Español” [en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas de las UNAM. México. 2007. p. 128.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil, trad. de Gómez Orbaneja*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*. 1936. pp. 299-301.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 3º Edición (póstuma) Buenos Aires. Edición Depalma. Buenos Aires. 1962. p. 326.

FABREGA, Jorge, ARNULFO, Adán. “Medidas Cautelares Innominadas” [en línea]. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Volumen nº8. 1989. p. 114.

FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y razón”. Editorial Trotta,. Madrid. Octava Edición. 2006. p. 581.

LUCAS, Andrea. “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación: su recepción en la Constitución Chilena reformada” [en línea]. *Revista de derecho público de la Universidad de Chile*. Volumen 69. Santiago, Chile. 2007. p. 4.

PATIÑO, Alberto. “Algunas consideraciones sobre la imparcialidad como virtud suprema del juez” [en línea].

PLUMER, Marie. “Los tribunales ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental”. *Anuario de Derecho Público UDP 2013*. Primera Edición. Santiago. Ediciones Universidad Diego Portales. 2013. p. 302.

POKLEPOVIC, Iván. “Compatibilidad del recurso de protección ambiental con la competencia del tribunal ambiental en el contencioso administrativo del sistema de evaluación impacto ambiental”. En: *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental*. Primera edición. Editorial Abeledo Perrot, Santiago. Chile. Agosto de 2012. p. 503-520.

RANGEL, Arístides. “Medidas Cautelares Innominadas” [en línea]. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Volumen nº8. 1989. p. 91.

SOULIER, Alejandro. “*La imparcialidad del Juez no es un atributo inherente a su persona sino un desafío cotidiano en su Deber de Procesar y Juzgar*” [en línea].

TAVOLARI, Raúl “*Tribunales, Jurisdicción y Proceso*”. Primera Edición. Editorial Jurídica. Santiago. 2012. p. 54.

TRUJILLO, Isabel. “*Imparcialidad*” [en línea]. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2007. p. 70.

Normas legales

CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (01, marzo, 1994).

CHILE. MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Ley N° 20.417 (12, enero, 2010).

CHILE. MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Ley N° 20.600. (28, junio, 2012).

CHILE. CONGRESO NACIONAL. Código Orgánico de Tribunales. (15, junio, 1943).

CHILE. MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO; SUBSECRETARÍA DE PESCA Y ACUICULTURA. Ley N° 20.657. (01, enero, 2013).

CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.300. (09, marzo, 1994).

CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.417. (26, enero, 2010)

CHILE. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.600. (28, junio, 2012)

CHILE. Mensaje de S.E. El Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley en la Historia de la Ley. (14, septiembre, 1992). Cuenta en Sesión 26, Legislatura 324. Mensaje N° 387-324.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo*. 1992.

Jurisprudencia

CHILE. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Medida Cautelar de Oficio en contra de “Servicios Generales Larenas Ltda.”. Causa Rol D-6-2013. (26, septiembre, 2013)

CHILE. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Escrito de la demanda, Consejo de Defensa del Estado. Causa Rol D-6-2013

CHILE. Segundo Tribunal Ambiental de Santiago. Resolución “Oficiese”. Causa Rol D-6-2013. (23, agosto, 2013)

Páginas web

TRIBUNAL AMBIENTAL DE CHILE. <<http://www.tribunalambiental.cl/>>

GOBIERNO DE CHILE, Página oficial del Ministerio de Medio Ambiente, <<http://www.mma.gob.cl/1304/w3-propertyvalue-16227.html>>

SERVICIO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DEL GOBIERNO DE CHILE, <<http://www.sea.gob.cl/contenido/que-es-el-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental>>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Guía legal sobre Tribunales Ambientales”. <<http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/tribunales-ambientales>>

SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN AMBIENTAL. <<http://www.sinia.cl/1292/w3-propertyvalue-15907.html>>

Expedientes digitales de las causas del Tribunal Ambiental. <<http://www.tribunalambiental.cl/2ta/consulta-de-causas/>>

DOCTRINA

LA DESIGUALDAD ECONÓMICA Y SOCIAL EN LA TEORÍA POLÍTICA DE LOCKE: UNA MIRADA EN PERSPECTIVA CON LA LEY DE LA RAZÓN

Carlos Dorn Garrido¹

RESUMEN: *El presente artículo examina el pensamiento moral y político de John Locke, con respecto a las consecuencias de establecer en el igual valor moral entre los hombres, la norma de justicia y equidad pública. En este orden de ideas, se propone una interpretación que atribuye a Locke una genuina preocupación por las consecuencias de las desigualdades sociales y económicas contrarias al principio fundamental de la ley de la razón: conserva y protege la Humanidad propia y ajena. Si la interpretación es correcta, o al menos razonable, entonces habría un buen fundamento para contestar a los argumentos de los libertarios que han tomado a Locke como su padre intelectual.*

ABSTRACT: *This article examines John Locke's moral and political thought, related to the consequences of fixing on the equal moral value among men, about what he calls as public rule of justice and fairness. In order to explain the latter, I intend to argue that in Locke's work there is a sincere preoccupation about the adverse effects of the social-economic inequalities on the fundamental principle of natural law: protect and preserve the own mankind and the rest of it. If this interpretation is right, or at least reasonable, then there would be a good ground to contend with the arguments of libertarians who have taken Locke as his intellectual father.*

¹ **CARLOS DORN GARRIDO.** Abogado del Consejo de Defensa del Estado y Doctorando de la Universidad Carlos III.

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS: *Equidad - John Locke - Justicia – Razón - Teoría del Derecho.*

TABLA DE CONTENIDOS: *Introducción - El carácter distributivo de la justicia política y social, de la Ley de la Razón - La teoría de los derechos naturales de acuerdo con el principio de justicia de la ley natural y ley de la razón.*

I.- Introducción

En el seno de las sociedades democráticas occidentales, con motivo de los crecientes índices de desigualdad socio-económica, las instituciones políticas y sociales están siendo sometidas a una fuerte crítica con respecto al objetivo de justicia que los ciudadanos esperan de la sociedad política. En este orden de ideas, la crítica hacia las democracias modernas dice relación a la insuficiencia de la teoría de justicia política y social, que inspira a los principios articuladores de la institucionalidad jurídico-política. El déficit institucional de las democracias con respecto al tratamiento de las desigualdades sociales y económicas, se traduce en la incapacidad de brindar a los ciudadanos libres e iguales, un tratamiento de justicia que sea acorde con la idea de reciprocidad que debe sostener a la teoría de derechos y libertades.

De acuerdo con lo expuesto, y atendido que normalmente en períodos de crítica a la institucionalidad, siempre resulta útil retornar a la palabra de los clásicos, para introducir algo de claridad en las líneas conceptuales del debate. Conforme a lo anterior, me parece interesante a estos efectos revisar la teoría política de John Locke, en concreto en lo concerniente a su teoría de justicia y derechos naturales del hombre. Pues, en ella es posible rastrear elementos de interés sobre la preocupación, ya en el contractualismo ilustrado democrático-liberal, por las consecuencias de la desigualdad social y económica en la consistencia de la justicia política fundada en el respeto de la concepción de los derechos naturales del hombre. Por otra parte, el interés de retornar a Locke radica que éste autor, así como otros, ha sido citado variopintamente, tanto por autores con nula sensibilidad por los efectos de la desigualdad económica-social

con respecto a la justicia de los términos del contrato social, por ejemplo Nozick² y Buchanan³, y otros como John Rawls⁴, que expresan su preocupación al respecto, con su polémico principio de la diferencia.

Por consiguiente, el objetivo de éste artículo es proponer una interpretación del contrato democrático-liberal de Locke, y como éste puede entregar claves aún vigentes para afrontar, con cierto sentido de coherencia, la regulación de las desigualdades económicas y sociales, en las democracias actuales.

II.- El carácter distributivo de la justicia política y social, de la Ley de la Razón

El párrafo 5 del Segundo Tratado establece en el valor moral igualitario entre los hombres, la norma de justicia pública de la Ley de la Razón. Rechazando, así, la interpretación de Hobbes, de la ley natural como mera norma de prudencia en pos de la conservación de los intereses propios⁵. El texto en cuestión, dice:

“La consideración de la igualdad natural ha hecho que los hombres sepan que no es menor su deber de amar a los otros, que el de amarse a sí mismos. Pues todas aquellas cosas que son iguales deben necesariamente medirse de una misma manera. Si yo no puedo evitar el deseo de recibir el bien de cualquier otro hombre en la medida en que este otro hombre

² Vid., Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, traducción Rolando Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México DF., 1988.

³ Vid., Buchanan, James M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, traducción Verónica Sardón, Katz Editores, Madrid, 2009.

⁴ Vid., Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, traducción María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2010, p. 24.

⁵ “Ley de naturaleza (*lex naturalis*) es un precepto o norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que puede destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada”. (Hobbes, Thomas, *Leviathan*, en *Antología de Textos Políticos. Del ciudadano y Leviathan*, edición de Enrique Tierno Galván, estudio de contextualización de Richard Tuck y traducción de André Catrysse y Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 2013, p. 171).

desea también recibirlo en su propia alma, ¿cómo podré esperar que sea satisfecha parte alguna de ese deseo mío, si no me cuido de satisfacer el de ese semejante que sin duda tiene lugar en los demás, siendo todos de una misma naturaleza? Ofrecer a los otros hombres al que repugne ese deseo suyo, tiene por fuerza que causar en ellos el mismo pesar que causaría en mí. De tal manera, que si yo daño a alguien, debo esperar sufrir, pues no hay razón para que los otros muestren para conmigo más amor que el que yo he mostrado para con ellos. Por lo tanto, mi deseo de ser amado todo lo posible por aquéllos que son naturalmente iguales a mí, me impone el deber natural de concederles a ellos el mismo afecto. Y ningún hombre ignora las varias reglas y cánones que la razón natural ha deducido de esa relación de igualdad que existe entre nosotros y los que son como nosotros. (Eccl. Pol. Lib. I)⁶.

Locke, así, controvierte la aseveración de Hobbes que “había conmocionado a su generación con su opinión de que el hombre no está sujeto a obligación moral alguna en el estado de naturaleza”⁷. La moralidad igualitaria de la Humanidad demuestra, en opinión de Locke, que la ley natural es ley de la Razón porque, “ordena aquello que es mejor para los intereses de la Humanidad en totalidad, y es en aquel sentido racional para el Hombre”⁸. Locke, así, de una parte distingue aquellas acciones motivadas exclusivamente en el interés propio, y que serían racionales en términos de prudencia, y aquellas que consideran los efectos de su acción en relación con el interés del conjunto de la Humanidad. Por consiguiente, la ley de la Razón fija en el valor moral igualitario entre los hombres la norma de justicia y equidad pública, rechazando que ésta quede a merced del criterio particular de la conveniencia. El igual valor de los seres humanos no puede ser reducido a una <<particularización>> de la norma de equidad y justicia. En consecuencia, la justicia pública de la ley de la Razón, considera lo equitativo y lo justo desde una

⁶ Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, traducción de Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 37.

⁷ Gough, J.W., *John Locke's Political Philosophy. Eight Studies*, Second Edition, Oxford University Press, London (UK), 1973. p. 3.

⁸ Simmons, John A., *The Lockean Theory of Rights*, Princeton University Press, New Jersey (US), 1992, p. 39.

perspectiva distributiva, lo cual implica condicionar la persecución del interés propio al respeto de su principio fundamental de conservar y proteger la Humanidad propia y ajena. Porque, sin ella el estado entre los hombres es de lucha, dominación bruta y guerra permanente. Resultan ilustrativos ciertos pasajes del octavo ensayo de *La Ley de la naturaleza*, de crítica directa a Hobbes y su reducción de la ley natural a lo justo y equitativo según el interés propio. El imperio de los imperativos morales de la ley de la Razón sería la garantía de orientación del hombre hacia una <<idea regulativa de civilización>> y de constitución de un espacio de convivencia común forjado en la justicia, paz, amistad y libertad:

“Si la principal ley de la naturaleza fuese que cada hombre debe mirar por sí mismo y por sus asuntos privados, aquellos magnos ejemplos de virtud que han sido consagrados por los testimonios de la historia escrita debería ser dados al olvido para que el recuerdo de tanta insensatez y tanta perversidad fuese borrado por completo(...) Además, como no hay nada tan sagrado que la avaricia no haya violado en algún momento, si nuestro deber estuviera basado en el lucro y si la utilidad fuese reconocida como norma de lo justo, ¿qué otra cosa supondría ello, sino abrir la puerta de toda clase de vicios?(...) no puede ser que la ley primaria de la naturaleza tenga que ser necesariamente violada. Pero si la utilidad privada de cada uno es el fundamento de dicha ley será quebrantada inevitablemente, pues es imposible tener en consideración la utilidad de todos a un mismo tiempo(...) cuando un hombre acapara para sí todo lo que puede, está quitando de otro lo que añade a su propio acervo, y no es posible que nadie se haga rico como no sea a expensas de otra persona(...) Es obvio que sucede lo contrario si ponemos el fundamento de la virtud en otra cosa; las virtudes no pugnan entre sí ni hacen que los hombres se enfrenten los unos con los otros, sino que se complementan y protegen mutuamente”⁹.

De acuerdo con lo anterior, la moralidad de la ley natural –o ley de la Razón– que ordena preservar la Humanidad propia y la de los otros, es un argumento que “sugiere que es la irracionalidad (o inconsistente)

⁹ Locke, John, *La Ley de la naturaleza*, traducción Carlos Mellizo, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 96 y 98-100.

de tratar a los otros como si fueran distintos a nosotros mismos lo que establece su inmoralidad”¹⁰. Así, la igual dignidad de los hombres basada en la común Humanidad ocupa en la ley fundamental de la Razón, el lugar de principio moralidad que contiene el fin <<querido por el Creador>> al otorgar al hombre la posesión de la <<razón>>. De este modo, siguiendo el argumento del arquitecto de Locke, si la obra del Creador revela que todos sus elementos siguen un orden cierto y estable conforme a un orden de leyes naturales, entonces, el principio de moralidad de la ley de la Razón se convierte en un imperativo de cuyo cumplimiento, el hombre contribuye al <<plan de la creación>> con un orden humano que, también, sea cierto y estable, porque será racional y, por ende, justo. Por consiguiente, el principio de la conservación de la Humanidad propia y del resto, es una norma de equidad y de justicia pública cuyo respeto y garantía para <<todos>> permite la consecución de fines de amistad, libertad y armonía. La concepción de justicia pública responde a un carácter distributivo, que conforme al respeto del igual valor moral entre los hombres, permite legítimamente concluir que:

“Locke no considera que las reglas morales debieran ser consideradas como si estuvieran dirigidas a la consecución de la maximización de la cantidad total de felicidad en el mundo (como usualmente lo caracterizan los utilitaristas). Sino que Locke parece pensar que las reglas morales están dirigidas a la garantía de una existencia decente y confortable para todas las personas, siendo inaceptable aceptar sacrificios de unos individuos a favor de otros para, así, aumentar la cantidad total de felicidad”¹¹.

¹⁰ Simmons, John A., ob., cit., p. 41.

¹¹ *Ibidem.*, p. 57. En un mismo sentido se pronuncia Rawls, quien considera relevante desatacar que la ley fundamental de la naturaleza es un principio de justicia distributivo. “Con esto quiero decir éste no nos ordena promover el mayor bien público, es decir, para proteger al mayor número de personas. Sino que, expresa su preocupación por cada persona: dado que la Humanidad ha de ser preservada, en tanto como sea posible, en tanto que todos son miembros de la Humanidad”. (Rawls, John, *Lectures on the History of Political Philosophy*, Ed., Samuel Freeman, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, 2007, p. 120).

La interpretación de la justicia, por Locke, como una de carácter distributivo antes que agregativo, también, encuentra respaldo en un pasaje del ensayo octavo de la *Ley de la Naturaleza*, donde critica la concepción de ley natural de Hobbes, como norma de equidad y justicia privada:

“Las obligaciones de la vida no pugnan entre sí ni arman a los hombres para que luchen unos contra otros; supuesto lo cual, se sigue necesariamente, en segundo lugar, que los hombres están (según dicen) en un estado de guerra por ley de la naturaleza, de tal manera que toda asociación humana es abolida, así como toda confianza mutua, la cual es vínculo que mantiene a una sociedad unida. Pues ¿qué razón hay para el cumplimiento de las promesas, qué salvaguarda de la sociedad, qué conveniencia entre los hombres, si todo lo equitativo y justo lo identificamos con lo útil? ¿Qué otra cosa podrá ser el trato entre los hombres sino fraude, violencia, odio, rapiña, asesinato y otras cosas de este tipo, cuando a cada individuo no sólo le está permitido, sino que le es necesario arrebatarse a otro por todos los medios de lo que éste, a su vez, está obligado a defender?”¹².

Por lo tanto, la teoría moral de Locke adopta una concepción de justicia política y social, que rechaza el argumento de la utilidad, o de la <<apetencia del interés propio>> como fundamento de la moralidad de las acciones humanas. El sostén de la legitimidad del orden social y político, debe depender de la observancia del principio fundamental de la igualdad moral entre los hombres, la que es norma de justicia y equidad pública, que sirve a la organización de un espacio de justicia, paz, armonía y libertad. El carácter deontológico de la ley natural enfatiza la preservación de la Humanidad en su conjunto, como fin de la Ley de la Razón, y de bien común de las leyes civiles de una sociedad política. Asimismo, el carácter distributivo de la justicia y equidad pública no condiciona o pone en riesgo la individualidad, de acuerdo a lo que decida la mayoría porque, el principio moral de la Humanidad actúa como límite a la regla de decisión de la

¹² Locke, John, *La Ley de la Naturaleza*, ob., cit., p. 100.

mayoría¹³. Con justa razón, Simmons, estima que a pesar de la mezcla de argumentos teológicos y seculares en la teoría moral de Locke es posible hallar, al menos, en lo que atañe a sus conclusiones un punto de afinidad:

“(…) entre las teorías de Locke y Kant, sin embargo, no en cuanto a sus fundamentos, en donde Kant debe argumentar conforme a una fuente de la obligación moral que Locke nunca habría aceptado, como única fuente. Aunque más obvia son las similitudes en los contenidos de las teorías morales que surgen a partir de estas fundamentaciones. Para teorías que comienzan con algo similar al segundo imperativo categórico de Kant parece natural derivar un cuerpo de derechos y deberes que es claramente Lockeano”¹⁴.

Conforme a todo lo expuesto, es posible afirmar que la teoría moral de Locke vincula a la Razón con una dimensión de moralidad-crítica de la Humanidad, y, por tanto, con un principio de justicia universal que es su ley natural. Dicha premisa tiene un impacto directo en la interpretación de la teoría de los derechos naturales, que constituye el fundamento de su teoría del contrato social que da origen a la sociedad política. Lo anterior significa que, siendo los derechos naturales inferencias racionales del principio fundamental de la ley natural, éstos quedan sometidos a los condicionamientos de los imperativos morales de la Humanidad como principio de justicia y equidad pública, en la forma precedentemente explicada. Por consiguiente, los derechos naturales son una especificación

¹³ Willmoore Kendall, en 1941, publicó un controvertido artículo en la Revista de Estudios de Ciencias Sociales de Illinois, XXVI, N°2, en donde cuestionaba la interpretación comúnmente aceptada acerca del carácter individualista de la teoría política de Locke. Según él, Locke más que salvaguardar los derechos individuales, fundamenta un Gobierno que exige completa obediencia, y que no puede ser removido a menos que las condiciones sean tan malas que la mayoría del pueblo decida levantarse en rebelión. En su interpretación acusa a Locke de colectivista, porque los derechos de los individuos en el estado civil son creados por la ley positiva, y, por ende, depende del arbitrio del soberano: de la mayoría política. Un interesante examen del artículo citado de Kendall y refutación, se encuentra en el estudio segundo de J W. Gough, “The Rights of the Individual”, en *John Locke’s Political Philosophy. Eight Studies*, ob., cit., pp. 27-51.

¹⁴ Simmons, John A., ob., cit., p. 43.

de la ley fundamental acerca de cómo deben ser las relaciones entre los hombres, en el marco de la vida en comunidad y sociedad, tanto natural como política civil. Además, atendido que ya en el estado de naturaleza rige el imperio de la ley natural, y asimismo sus deducciones racionales, los derechos naturales, ello corroboraría la existencia de una dimensión moral y de justicia de la Razón que es anterior, obligatoria e independiente a la constitución de la sociedad política.

Por lo tanto, en el esquema de Locke, el principio fundamental de la ley de la razón actúa como principio último de legitimación del proceso deductivo-racional de las normas de concreción de la ley natural. En consecuencia, el principio superior de la ley de la Razón ejerce un papel de justificación de la norma pero, además, de configuración de un orden normativo que sea coherente en términos teleológicos. Es decir, el principio fundamental de la ley natural no dice expresamente qué y cómo deben comportarse los hombres, sino que se limita a prescribir un criterio general de justicia. Por consiguiente, “lo que Locke quiere decir al señalar que una ley natural particular (no-fundamental, o derivada) es demandada por la Razón, es que la ley natural derivada pueda ser racionalmente justificada en base a la ley natural fundamental”¹⁵. Una interpretación similar sostiene Simmons, quien en su concepto estima que la ley natural fundamental cumple en la teoría moral de Locke, una función similar a la pensada para el principio de utilidad en los esquemas normativos utilitaristas. Es decir, “la ley fundamental especifica el fin último, y todas las demás normas de la ley natural son parte de ese cuerpo de reglas orientadas a la promoción en la mejor forma posible, de la preservación de la Humanidad”¹⁶.

La estructura lógica del Derecho natural racional de Locke, presidida por el imperativo moral del principio último de justicia de la ley de la Razón en los términos ya explicados, determina consecuencias importantes en la comprensión de su teoría de los derechos. En efecto, el deber de protección de la moralidad equivalente y universal entre los

¹⁵ Lloyd Thomas, D.A., *Locke on Government*, Routledge, New York, 1995, p. 16.

¹⁶ Simmons, John A., *The Lockean Theory of Rights*, Princeton University Press, New Jersey (US), 1992, pp. 50-51.

hombres, entronado como principio supremo de justicia subordina su interpretación a un sentido de coherencia y armonía, que conecte con la dimensión de moralidad-crítica de la ley natural. Lo que, además, tiene importancia trascendental en el marco de la sociedad política, porque la vigencia de la ley natural no cesa producto del abandono del estado de naturaleza. En consecuencia, las instituciones político-jurídicas del estado civil no disponen de un poder legislativo absoluto con respecto a los derechos y libertades naturales. Porque, los derechos naturales son parte de la estructura del Derecho natural racional, cuya validez universal es independiente del consenso de las leyes positivas de los hombres. De lo anterior, es posible desprender que la lectura de la teoría moral y política de Locke, da cuenta de una concepción de la sociedad civil y política, y de los derechos y libertades iguales entre los hombres, que permite sostener con plausibilidad que en ella subyace un potencial radical de cara a las dimensiones: política, civil y social.

III.- La teoría de los derechos naturales de acuerdo con el principio de justicia de la ley natural y ley de la razón

Los derechos naturales son mencionados a *grosso modo* por Locke –vida, libertad y posesiones–, pero en términos generales se corresponden con la libertad moral de los hombres para decidir y disponer de su persona y posesiones del modo como lo estime, pero siempre dentro del marco del imperio de la ley natural. Además, menciona como rasgo común de la Humanidad, la igualdad entre los hombres, en cuya lugar nadie tiene en virtud de la naturaleza precedencia o autoridad con respecto a otro. Es decir, la igualdad de los hombres en virtud de la ley natural, consiste en el estado de independencia unos con respecto a otros. Por lo tanto, la libertad e igualdad son principios de justicia que son coherentes con la descripción de la comunidad de seres humanos, del estado natural, como una forjada en el lazo común de la moralidad universal y equivalente de la ley de la Razón. Porque, como bien dice en el parágrafo 4 del Segundo Tratado, en el estado natural los hombres gozan de una amplia zona de libertad moral para elegir e impulsar el plan de vida personal, disponiendo de su persona y bienes. Pero, además, nadie por naturaleza es ni amo ni siervo, todo poder y jurisdicción son recíprocos, y nadie los disfruta en mayor medida que los demás. Los principios de justicia

del estado natural de libertad e igualdad, se conjugan en un derecho a una igual libertad. No obstante, la dimensión que adquiere cada uno de ellos está vinculada a la concepción de la ley natural como un orden protector, más que restrictivo, en cuya virtud se infieren normas necesarias e indispensables para la satisfacción del fin último de justicia. Pero, el deber ético de la ley natural, no gobierna ni acapara todas las dimensiones de libertad del hombre.

De acuerdo con lo anterior, el derecho natural a una igual libertad es un presupuesto básico para la constitución y preservación de un orden social acorde con la ley de la Razón, y, por ende, que sea pacífico y justo. Es decir, la Humanidad propia de los otros se protege mediante el reconocimiento de un derecho igual a la libertad. La libertad es el fundamento de todas las otras cosas, porque aquel que en el estado de naturaleza arrebatara la libertad de algún otro, necesariamente, debe ser considerado como alguien que tiene la intención de arrebatar todo lo demás¹⁷. Por consiguiente, la libertad sirve al cumplimiento de la ley natural porque, en su doble sentido de derecho a la persecución de los fines individuales y derecho a la autonomía frente a otro, establece la ilegitimidad de la Fuerza como fundamento para ejercer dominio social. Pues, como bien dice Locke los principios de justicia de libertad e igualdad nacen de la naturaleza común que comparten todos los hombres, y forjan un lazo común que integra a los seres humanos en una comunidad, principios morales que obstan a que:

“(...) pueda suponerse que haya entre nosotros una subordinación que nos dé derecho a destruir al prójimo, como si éste hubiere sido creado para nuestro uso, igual que ocurre con esas criaturas que son inferiores a nosotros”¹⁸.

¹⁷ Vid., Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, traducción Carlos Mellizo, Alianza Editorial, 2012, p. 47. La pérdida de la libertad representa la mutación del estado de naturaleza al estado de guerra, porque la sujeción de una persona a la voluntad absoluta del arbitrio de otro, equivale al dominio injusto basado en la Fuerza, y no en la justicia de la Razón.

¹⁸ *Ibidem.*, p. 38.

De este modo, el derecho a una igual libertad establece un límite entre lo que es el Derecho y la Fuerza, y, por tanto, lo que separa al estado natural del estado de guerra. El primero consiste en la organización de la vida en sociedad conforme a los preceptos de justicia de la ley de la razón, en tanto que el estado de guerra consiste en el abandono de la razón, y, por extensión, del sometimiento a la moralidad universal entre los hombres. La contraposición entre Derecho y Fuerza aparece en el Capítulo 3 “Del Estado de Guerra”, y en la descripción del poder despótico en el párrafo 172. Éste último párrafo es particularmente gráfico, pues describe el poder despótico como un “poder que la naturaleza jamás concede”, porque es una deducción racionalmente imposible de la ley natural. De tal modo que, aquél que reclama dicho poder deber ser por los demás un “agresor”, ya que opta por abandonar la moralidad de la razón como facultad que sirve de guía a los hombres en sus relaciones mutuas. La elección del agresor, así, disuelve el “lazo común mediante el cual el género humano se une en camaradería y comunidad”. Por lo tanto, el “agresor” decide seguir el camino de la “guerra” como medio de dominación social, y semejante elección es un acto de rebelión contra los de su “propia especie” (seres racionales) uniéndose a la especie de las bestias.

La coincidencia con Hobbes entre un “estado de naturaleza y el estado de guerra, en Locke se modifica al restar a la guerra, dentro de la pluralidad natural, un espacio que es ocupado por la paz”¹⁹. Los derechos naturales son normas de racionalidad que caracterizan al estado de naturaleza como uno en que rige el imperio de la razón, producto del comportamiento racional de los hombres, en tanto que el estado de guerra lo presenta como el opuesto, esto es, el imperio de la irracionalidad dado por el abandono de las normas de racionalidad –derechos naturales- y sustitución por los principios de la dominación. La observancia de los derechos naturales otorga a los individuos acceso a la constitución de un orden de convivencia conforme a la razón, siendo su contrapunto el estado de dominación basado en la fuerza y coacción pues eso es propio de las

¹⁹ Fernández Santillán, José F., *Locke y Kant. Ensayos de filosofía política*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1992, p. 19.

bestias²⁰. Los derechos naturales equivalen a normas morales naturales cuya observancia concede a los hombres la posibilidad de constituir una civilización cualitativamente superior a la gobernada por los principios opuestos de la dominación y subyugación. Así dicho, el respeto de la ley natural encarnada en los derechos naturales propicia la formación de un orden de convivencia pacífico inclinado hacia la existencia de relaciones sociales de asistencia e intercambio, basado en la precedencia de la libertad igual de todos los hombres. La conclusión que se impone es que “Hobbes solamente acepta la existencia de paz en la sociedad civil, en contraste Locke ubica la paz tanto en el primer momento, el estado de naturaleza pacífico, como en la sociedad civil”²¹. El horizonte de la paz, Locke, lo sitúa en el imperio de la Razón vinculado con la observancia de las normas éticas ínsitas en los derechos naturales.

Dado lo anterior, sería posible afirmar que el rechazo de la Fuerza en cuanto dimensión contraria a los principios de moralidad de la ley de la Razón, albergaría una potencialidad rica en lo relativo al significado de la ley natural, como principio de justicia social y político. La exclusión de la Fuerza como principio de legitimidad encierra un tono que se ubicaría más allá de la mera fuerza física. Sino que, la antinomia entre Fuerza y Derecho –ley de la razón– incluiría a todos los sistemas de dominación social que vulneren el <<sentido de justicia>> del principio último de moralidad de conservación de la Humanidad en su conjunto. La Fuerza incluiría, entonces, a todos aquellos actos de dominación social y política, que sean incompatibles con el respeto y protección de la moralidad equivalente y universal entre los hombres unidos por el lazo común de la ley natural o ley de la razón. Esta idea supone que la concepción de la libertad de Locke, no es la libertad salvaje que no reconoce ley, sino que es la estoica: No hay libertad sin imperio de la ley (en el caso de Locke, la ley natural, la ley de la Razón).

²⁰ Locke en el epígrafe 1 del Capítulo I de su obra establece como premisa que la legitimidad de la sociedad política, no puede ya continuar fundándose en el dominio privado y la jurisdicción paternal. La razón que esgrime es que tales presupuestos dan origen a un gobierno que es producto de la fuerza y la violencia, en donde los hombres viven en comunidad guiados por las mismas reglas que imperan entre las bestias: el más fuerte se alza con el poder.

²¹ Fernández Santillán, José F., ob., cit., pp. 19-20.

La igual libertad origina un vínculo indeleble con el principio fundamental de la ley natural, porque sin ella la conservación de la Humanidad no está garantizada. Sin embargo, es importante discernir entre que una cosa es que el principio último de la justicia de la ley natural, sea el fundamento de la libertad y otra interpretar que la única libertad aceptable y razonable sea la que está orientada al cumplimiento del deber de preservación de la Humanidad en su conjunto. En efecto, el imperio de la ley natural reconoce en la libertad de los hombres, principalmente, una dimensión entendida como autogobierno individual con respecto al plan de vida, la que constituye una esfera de la libertad moral protegida por el deber negativo hacia los terceros de considerar dicha autonomía como un límite de no injerencia ni interferencia. El imperio de la ley natural en relación con la libertad moral y/o de autodeterminación, es un orden protector de la moralidad de hombres que impide a cualquier otro pretender el derecho de utilizar a otro como un medio a disposición de sus fines. Pero, al mismo tiempo, la ley de la razón limita la libertad moral del individuo al imponer el cumplimiento de aquellos deberes concernientes con el cumplimiento de la conservación de la Humanidad propia y la de los otros. Por lo tanto, la ley natural asume el carácter de un orden protector y de restricción de la libertad, reconociendo tanto una dimensión de autonomía y otra que la vincula con deberes morales de la ley natural que son, también, necesarios para la constitución de un orden pacífico y justo. De este modo, el cumplimiento del fin de la ley natural se consigue mediante una compromiso de adecuación entre la dimensión de la libertad como autonomía y otra que la vincula a un sentido de justicia que consiste en deberes y responsabilidades morales hacia uno y los otros. Ésta última dimensión inserta a la libertad en un marco de bien común que limita la persecución de los fines individuales, y que, también, es necesario para los fines de paz, amistad, armonía y libertad del estado natural. Así dicho, la justicia de la moralidad de la ley natural incluye un rasgo de pluralismo, el espacio de autogobierno individual con respecto a nuestros fines y planes propios, y otro de moralidad pública-crítica relativos a los deberes morales de bien común de la ley de la razón. Éste último rasgo de limitación del horizonte y extensión de los intereses propios de la libertad, aparece de suyo en el tratamiento que Locke, hace de la propiedad y el derecho a la caridad.

El principio último de justicia de la ley de la razón, que es fundamento del derecho natural a la igual libertad entre los hombres y del reconocimiento de una moralidad universal y equivalente que impone entre los hombres deberes negativos y positivos. El primero dice relación con que en la comunidad de seres humanos del estado natural, los hombres deben tratar a los demás con el mismo respeto y consideración que a sí mismos, porque al igual que uno son personas, esto es, seres independientes de valor. Es decir, la libertad del estado natural no concede el derecho a instrumentalizar a los demás para la consecución de nuestros propósitos. El último impone el deber positivo de atribuir a los planes de vida del resto, el mismo valor que los propios, y, por tanto, existe el imperativo de promover la concreción del plan de vida propio y el de los demás²². La consideración de ambos deberes como inferencias racionales de la ley natural o ley de la razón, tiene importancia para comprender el significado del derecho de propiedad de Locke, como instrumento para garantizar el acceso de todos a las condiciones materiales que aseguran el estado de independencia de unos con respecto a otros²³. Por lo tanto, la propiedad es una prolongación de la racionalidad moral que subyacen el principio de justicia de la igual libertad y de la idea regulativa de sociedad del estado natural, como un orden justo y pacífico²⁴. Pues, el acceso de

²² Vid., Simmons, John A., ob., cit., pp. 41-42.

²³ La interpretación del derecho de propiedad como una inferencia racional de los principios de moralidad de la ley de la razón, es destacada por Bernard Crick, particularmente, la relación entre violación de los derechos naturales y derecho de rebelión. Así, presta atención a la expresión <<estate>> empleada por Locke cuando dice que todos los hombres nacen con derecho a la vida, libertad y <<estate>>. En su opinión, la interpretación correcta considerando que los derechos naturales son la base de legitimidad de ejercicio del poder político, y del vínculo fiduciario entre gobernantes y gobernados, dice: “Si estos derechos son violados por el Gobierno, el pueblo puede recuperar los derechos que tan solo han confiado al Gobierno. En Locke cuidadosamente se asegura un derecho a la revolución. Entonces, ¿qué significa ‘estate’? No parece que comprenda el significado general de derecho de propiedad (que puede ser justificado en términos de Locke) sino una combinación de una mínima cantidad de posesión que pueda garantizar nuestra independencia, autonomía individual y ‘estate’, que tendría la connotación de estatus o dignidad” (Crick, Bernard, *Democracy. A very short introduction*, Oxford University Press, New York (US), 2002, p. 42).

²⁴ La relación que Locke establece entre apropiación y transformación de los bienes del mundo externo, le permite argumentar a favor de la legitimidad del tránsito

todos a los medios materiales de subsistencia y de ejercicio de la libertad, es presupuesto para una sociedad en que las relaciones entre los hombres sea acorde con el principio de justicia de la igual libertad como igual derecho a la autodeterminación. En este orden de ideas, es interesante apuntar que en el capítulo 5 del Segundo Tratado, la legitimidad de la apropiación particular depende de un límite externo y otro interno. El primero, dice relación con que tras la acción de apropiación queden suficientes recursos materiales para la apropiación de los demás. El segundo, consiste en que la cantidad de bienes apropiados debe ser utilizada efectivamente, evitando que una parte de ella perezca, destruya por su no uso, o sea aplicado a fines que no propendan al cumplimiento de la ley de la Razón²⁵. Ambas limitaciones guardan relación con el hecho

del estado inicial de propiedad común de las cosas hacia la propiedad individual. Siendo el trabajo el título que justifica la apropiación exclusiva ya que en el esfuerzo y energía dedicado en el proceso de apropiación y/o transformación sobre la cosa, se agrega en ella una parte de la persona. La razón es que “cada hombre tiene (...) una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor añade ella algo que es de sí mismo, es por consiguiente propiedad suya” (Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, ob., cit., p. 34).

²⁵ El uso de la propiedad en consonancia con el fin de la ley de la razón, esto es, la preservación de la Humanidad en su conjunto, es un requisito que tiene especial sentido para los bienes no perecibles (la tierra en la época de Locke). Puesto que, Locke, con ello dirige una crítica dura e implacable a la clase aristocrática cuya concentración de la propiedad de tierra, además, deficientemente utilizada, unida a sus costumbres de vivir a crédito más allá de su condición, malgastando la riqueza común. “El mensaje de Locke es que si la agricultura deficitaria ha desperdiciado nuestras riquezas, entonces solamente la práctica de la industria en general y la frugalidad, unida al comercio bien ordenado restaurará la riqueza de la Nación”. Por tanto, la legitimidad de la propiedad está unida al principio de la ley natural que descarta usos no beneficiosos para la Humanidad en su totalidad, y, dicho mandato se extiende incluso a la posterior invención del dinero. Por lo que, la interpretación de la propiedad y el dinero conforme a la ley natural, es una línea interpretativa que descarta la acusación a Locke, de haber argumentado a favor de la propiedad y el dinero, como medio de mero acaparamiento de riqueza y poder. “Los objetivos teóricos y políticos, de Locke, en el tratamiento de la propiedad reforzaron conjuntamente la importancia y el compromiso con la ley natural, de aquellos que cultivaban la tierra en beneficio de la Humanidad (...) Locke insiste en que aquellos que cultivan la tierra contribuyen al bien común, en tanto que aquellos que no lo hacen son propietarios improductivos, y desde el punto de vista

de que los medios materiales son indispensables para que los individuos puedan impulsar sus planes de vida propios. Pero, al mismo tiempo, el imperativo de la ley natural, obliga a que se deban tomar como razones morales, el igual valor de los planes de vida de los demás.

Por consiguiente, el igual derecho a una cuota justa de los bienes comunes a la Humanidad, y, la prohibición del desperdicio de los bienes apropiados, unido a la moralidad universal y equitativa de la ley de la razón, permiten inferir racionalmente que el imperio de la libertad del estado natural reconoce el igual derecho al acceso a una cantidad justa de propiedad para tener la oportunidad de ejercer el derecho a la independencia y autogobierno, de la igual libertad del estado natural. De acuerdo con lo anterior, en Locke se aprecia que el estado natural de libertad, de independencia de la voluntad de otro, supone tener acceso a una cuota de medios materiales suficiente para la subsistencia, y desarrollo de los fines propios del plan de vida. El derecho de propiedad surge como una dimensión de la libertad, lo que ayuda a comprender cuál es el sentido que dota de mayor coherencia y razonabilidad a la teoría de la justicia de Locke, especialmente, cuando se hace frente al polémico parágrafo 50 del Segundo Tratado acerca de la invención del dinero, y su consideración como consentimiento tácito de la desigual distribución de los bienes naturales. En primer lugar, es necesario decir que la sociedad natural de Locke, admite la existencia desigualdades materiales como consecuencia de las distintas capacidades de industria entre los hombres, siendo legítimas en la medida que la adquisición haya respetado los límites internos y externos. En segundo lugar, la aparición de las relaciones de intercambio comercial responde al interés del hombre de acumular propiedad para satisfacer otras necesidades distintas a la mera subsistencia, y con ello consigue que el exceso de propiedad no se deteriore o desperdicie. Luego, la extensión de las relaciones

social, individuos inútiles". Acto seguido, el invento del dinero es legitimado no como un medio para acumular riqueza sino que, también, le seguiría el imperio de la ley natural, en el sentido que su legitimidad radica en que es un medio que promueve el comercio y, por tanto, el uso eficiente de la tierra cuyo excedente hace posible un círculo donde la propiedad participa de un mandato de beneficio social (Vid., Ashcraft, Richard, *Revolutionary Politics & Locke's Two Treatises of Government*, Princeton University Press, New Jersey, 1986, pp. 266-277).

comerciales habría dado lugar a una desigual distribución de los recursos naturales, pero aún limitada por la restricción interna, del no desperdicio o no uso conforme a la ley natural. La introducción del dinero amplía las alternativas del uso social de la propiedad, pues el dinero permite la posesión de grandes porciones de tierras, cuyo excedente de producción puede ser intercambiado comercialmente por dinero.

Sin embargo, en un contexto histórico dominado por la escasez y un estado de desigualdad en la distribución de los bienes naturales, resulta importante definir cuál es el sentido del consentimiento involucrado en la introducción del dinero. Una lectura aislada del párrafo 50 da a entender que el dinero permite un derecho ilimitado de acumulación de propiedad, porque como el excedente puede ser cambiado por riquezas no perecibles, no resultaría afectado el derecho del resto²⁶. Sin embargo, es posible una interpretación distinta, en la medida que se vincule los límites de la propiedad con la inderogabilidad del derecho natural de libertad e independencia, como presupuesto del orden pacífico y justo que se corresponde con la identificación del estado natural con un orden ajustado al Derecho de la Razón y que se opone a la Fuerza del estado de guerra. Desde este punto de vista, el consentimiento vinculado a la invención del dinero, no puede brindar legitimidad a un derecho de acumulación sin límites de los medios materiales de vida, porque dicha conclusión se opone al principio último de justicia de la ley de la Razón. En especial, al derecho natural a una igual libertad, esto es, a un derecho a la consideración y respeto como seres de fines, no quedando sometidos a la voluntad de otros, como instrumento de sus fines propios. Por tanto, coincido con Simmons cuando dice, “el consentimiento con respecto al uso del dinero, equivale al consentimiento a la desigual distribución de los bienes naturales, pero en él no se consiente al estado de dependencia”²⁷. La garantía del derecho natural de libertad dependería de la aceptación de que en la sociedad natural, marcada por el contexto de la escasez y del comercio, los límites de la propiedad continúan vigentes. En este

²⁶ Vid., Macpherson C.B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, traducción de Juan-Ramón Capella, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 206-207 y 239-240.

²⁷ Simmons, John A., ob., cit., p. 294.

orden de ideas, cobra especial importancia el límite externo en cuanto que el derecho a una cuota de los bienes comunes para su preservación y autonomía, se transforma en derecho de los no propietarios a una distribución de la riqueza en una cantidad que, sea acorde con el derecho natural a una igual cuota de los bienes que, en origen eran comunes a toda la Humanidad.

Los mismos argumentos que relacionan el fundamento y los límites de la propiedad con la moralidad universal y equitativa del principio último de justicia de la ley de la Razón, sirven para la justificación del deber de caridad y el correlativo derecho a favor de aquellos que no pueden procurarse por sí mismos, los medios materiales para la subsistencia y autonomía. Locke, cuando cita a Hooker en el párrafo 5 del Segundo Tratado, vincula los deberes de caridad (derecho) a la igualdad moral entre los hombres como seres libres e independientes, que “hace de ello el fundamento de esa obligación que tienen los hombres de amarse mutuamente, sobre la cual basa los deberes que tenemos para con los otros, y de la cual deduce las grandes máximas de justicia y de la caridad”²⁸. Es así, como en el párrafo 41 del Primer Tratado, controvierte la concepción de Robert Filmer de atribuir a un solo hombre la soberanía y propiedad absoluta de toda la Tierra, puesto supone otorgar a un hombre el poder arbitrario de hacer depender la vida o muerte de una persona, a su entera voluntad. Luego, en el párrafo 42 infiere que toda persona tiene derecho a la caridad, esto es, a una cantidad de bienes suficientes para asegurar su subsistencia²⁹. “El derecho natural a la caridad es un derecho compensatorio a favor de los necesitados, de concurrir a una parte del excedente de los propietarios”³⁰. El carácter natural del derecho a la caridad y, por tanto, su mantención en el tránsito desde el estado natural al estado civil, se justifica en cuanto que garantiza el acceso a los bienes materiales para conservar nuestra Humanidad. De este modo, el derecho natural a la caridad es una inferencia racional del

²⁸ Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, ob., cit., p. 37.

²⁹ Locke, John, *Two Treatises of Government*, London: printed for Thomas Tegg; W. Sharpe and Son; G. Offor; G. and J. Robinson; J. Evans and Co.: Also R. Griffin and Co. Glasgow; and J. Gumming, Dublin, 1823, pp. 30-31.

³⁰ Lloyd Thomas, D.A., ob. cit., 95.

principio último de justicia de la ley natural, y, por tanto, su renuncia no es posible porque en un orden social ajustado a la Razón, no se puede conceder a los demás el derecho a destruirnos o que permita que nos conduzca al perecimiento.

Por lo tanto, el consentimiento tácito del dinero lo es con respecto al objetivo de facilitar el comercio, y liberar a las personas de una existencia limitada al día a día. También, es cierto que éste consentimiento implica una aceptación a las desigualdades materiales de la sociedad civil. Pero, al mismo tiempo, no resulta razonable pretender atribuir al consentimiento tácito en el uso del dinero, el significado de aceptación y legitimidad de todas las consecuencias derivadas de este esquema, en especial que exista un derecho ilimitado a la acumulación de propiedad que sea totalmente indiferente a una grado de desigualdad material, que pueda conducir a la colocación forzosa de los individuos en un estado contrario a la libertad: la dependencia. Como bien dice Simmons, no es posible aceptar que el uso de la teoría de Locke como un intento de condonar la injusticia social:

“Las reformas sociales demandadas por la teoría de los derechos de Locke no hace que falta que involucrara redistribuciones de igualación de la propiedad, pero sí al menos se requiriera la creación de fórmulas genuinas de oportunidad para asegurar a todos el derecho a la autonomía. La apropiación incluso hasta después de la invención del dinero debe aún estar condicionada por el límite de la cuota justa (asumiendo que ese límite permite cierta dosis de desigualdad). El dinero puede levantar el límite interno de la propiedad (desde que el desperdicio ya no es un asunto propio en la acumulación de dinero); pero no puede dejar sin efecto el límite externo, en cuanto que a todos se les debe permitir el acceso a su cuota justa de lo común, en lo que es necesario para subsistencia y autonomía”³¹.

³¹ *Ibidem*, p. 306. La interpretación sobre la vigencia de los límites de la propiedad con los principios de la ley natural, más allá del consentimiento tácito del dinero que da nacimiento según Locke a la sociedad civil, trae como consecuencia en opinión de D.A. Lloyd Thomas que: “Cuando Locke dice que en la sociedad civil las personas tienen un derecho natural a su propiedad, no creo que ello signifique que necesariamente tienen un derecho natural a retener todo la propiedad que

De acuerdo con todo lo expuesto, Locke con la fundamentación de su teoría en el imperio de la ley natural o de la razón, y su vigencia en el estado natural, busca definir un marco normativo de racionalidad que, de ser seguido por los hombres, permitiría la configuración de un orden social donde predomine la libertad, amistad, armonía y justicia. El estado de naturaleza adhiere a un significado de la razón que propende hacia la convivencia de los hombres conforme al Derecho y no a la Fuerza. Siendo, un elemento de importancia en la extensión del estado natural al estado civil, las consideraciones acerca de los efectos negativos de la desigual distribución de la riqueza, pues de lo contrario se arribarían a conclusiones incongruentes con el principio último de la justicia que fundamenta a la teoría de los derechos naturales: proteger y conservar la Humanidad propia y la del resto.

pueda haber obtenido un derecho natural a ello en el estado de naturaleza. Por el contrario, lo que Locke quiere decir es que las relaciones de propiedad en la sociedad civil deberían siempre ser reguladas conforme a ciertos principios generales, aun cuando si los arreglos puedan variar de una sociedad civil a otra. Los principios generales son aquellos requeridos por la ley natural fundamental⁷. Tales principios que debe ser considerados en la ordenación de las relaciones de propiedad son: 1.- Generar los incentivos que estimulen la industrial y el uso social de la propiedad conforme a la ley natural; 2.- Conceder a las personas derecho al acceso a los medios materiales para que puedan ganarse el sustento mediante su propia labor; y 3.- Otorgar a los que no pueden procurarse por sí mismos los medios de vida, el derecho a demandar el excedente de aquellos que son solventes o acomodados (Lloyd Thomas, D.A, ob., cit., pp. 117-118).

DOCTRINA

**MODIFICACIONES A LA LEY N° 18.695, ORGÁNICA
CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES,
PARA PERFECCIONAR ROL FISCALIZADOR DEL
CONCEJO Y FORTALECER TRANSPARENCIA
Y PROBIDAD - LEY N° 20.742**

José Fernández Richard¹

RESUMEN: *En el régimen municipal chileno, el alcalde es la autoridad máxima y se encuentra dotado de amplias atribuciones, en desmedro del concejo municipal. La Ley N° 20.742 tiende a corregir este desequilibrio, perfeccionando el rol fiscalizador del concejo, fortaleciendo además los principios de transparencia y probidad en el quehacer municipal y mejorando la gestión municipal.*

ABSTRACT: *In the Chilean municipal system, the mayor is the highest authority and is endowed with broad powers vis-à-vis the city council. Law 20,742 tends to overcome this imbalance, improving the regulatory power of the council, also strengthening the principles of transparency and probity in municipal work and improving municipal management.*

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS: *Alcalde – Concejo municipal – Fiscalización.*

TABLA DE CONTENIDOS: *I. Generalidades. II. Principales modificaciones contenidas a la Ley N° 18.695, que introduce la Ley N° 20.742. III. Conclusiones.*

¹ **JOSÉ FERNÁNDEZ RICHARD.** Profesor Derecho Municipal-Urbanístico de la Escuela de Derecho Universidad de Chile y Profesor Derecho Administrativo en Universidades Privadas. Ex abogado Jefe Municipalidad de Santiago y ex abogado Integrante Corte Suprema.

I. GENERALIDADES

Dentro del ordenamiento jurídico municipal chileno, el “Concejo Municipal”, constituye una creación de la Ley N° 18.695, que vino a llenar el vacío que se produjo a raíz del quiebre institucional del año 1973, en que el Régimen Militar, suprimió las Corporaciones edilicias y los “Regidores” que la componían.

Si bien en el articulado de la Ley N° 18.695 el Concejo aparece con facultades normativas, resolutivas en algunos casos y en otros fiscalizadores (art. 79 Ley N° 18.695), en la práctica el Alcalde administra el Municipio sin un contrapeso efectivo y a su vez, las facultades fiscalizadoras son ejercidas en forma débil, ya que la ley contemplaba que frente a las observaciones del Concejo, bastaba que el Alcalde respondiera en el plazo de 15 días, todo lo cual era insuficiente.

La Ley N° 20.742 publicada en el Diario Oficial de 1-4-2014 tiende a perfeccionar el rol fiscalizador del Concejo y a fortalecer la transparencia y probidad en los entes edilicios, sin perjuicio que contemple otras materias de interés en el quehacer municipal, en cuanto a modificar normas sobre personal y finanzas, y contemplar disposiciones para mejorar gestión municipal.

II. PRINCIPALES MODIFICACIONES CONTENIDAS EN LA LEY N° 20.742

1.- Las modificaciones contenidas en la Ley N° 20.742 las podemos agrupar de la siguiente forma:

- a) Materias que fortalecen la labor del Concejo Municipal, e incremento de la Dieta de los Concejales;
- b) Materias que perfeccionan al rol fiscalizador del Concejo y fortalecen principios de probidad administrativa;
- c) Materias que promueven una mayor transparencia;

- d) Materias relativas a una mejor gestión municipal;
- e) Normas referidas a estructura y personal municipal;

2.- Nos referiremos en síntesis a cada una de las materias enumeradas.

A. Normas que fortalecen la labor del Concejo Municipal

En los casos en que un Concejal actúa como Presidente del Concejo, durante la subrogancia del Alcalde, posee la capacidad de representar protocolarmente al Municipio, y se encuentra facultado expresamente para convocar a sesiones del Concejo. (modificación introducida al art. 62 de la Ley N° 18.695).

Se dispone que los concejales tendrán la iniciativa para someter materias a consideración del Concejo, en la medida que no tengan incidencia presupuestaria. (modificación al art. 62 de la Ley N° 18.695).

Se dispone que los Concejales tendrán la iniciativa para someter materias a consideración del Concejo, en la medida que no tengan incidencia presupuestaria. (modificación introducción al art. 62 de la 18.695).

Se señala que el concejo podrá disponer la contratación de auditoría externa, cada vez que se inicia un período alcaldicio, con el objeto de evaluar la situación financiera. (modificación al art. 80 de la Ley N° 18.695).

Se amplían los permisos que los empleadores deben conceder a los trabajadores que se desempeñen como Concejales (modificación al art. 90 de la Ley N° 18.695).

Se establece que los municipios estarán obligados a dotar al Concejo y a los Concejales considerados individualmente, de los medios de apoyo suficientes para que desarrollen debida y oportunamente sus funciones (artículo 92 bis que se agrega a la Ley N° 18.695).

B. Normas que fortalecen el rol fiscalizador del Concejo y fortalecen el principio de probidad administrativa

La Contraloría General de la República, en el ejercicio de sus facultades, al determinar la existencia de actos u omisiones ilegales del Alcalde, podrá instruir el correspondiente Sumario y si considerare que se encuentra acreditada la responsabilidad administrativa del Alcalde, deberá remitir los antecedentes al Concejo Municipal para los efectos provistos en la letra c) del art. 60 de la Ley N° 18.695 (modificación introducida al art. 51 de la Ley N° 18.695).

En el caso antes señalado, el Concejo Municipal por decisión de un tercio de sus miembros en ejercicio, podrá remitir los antecedentes al Tribunal Electoral Regional, el que a su vez podrá remover al Alcalde por notable abandono de deberes, contravención grave al principio de probidad o bien aplicar sanciones administrativas de multa, censura o suspensión, si se trata de hechos de menor gravedad. Cabe considera al respecto que si bien la Ley N° 18.883 sobre Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, consideraba al Alcalde como funcionario municipal, no establecía una autoridad dentro de ese nivel que le pudiera aplicar sanciones. (modificación al art. 60 de la Ley N° 18.695).

Se define a nivel legal el concepto de “notable abandono de deberes”, ya que hasta la dictación de la Ley N° 20.742, había sido la jurisprudencia del Tribunal Calificador de Elecciones la que la había definido (modificación al art. 60 de la Ley N° 18.695).

Se agrega como causal de cesación en el cargo de Alcalde, el no pago oportuno y reiterado de cotizaciones previsionales, rigiendo respecto de cotizaciones impagas a contar de la fecha de la publicación de la Ley N° 20.742. Se señala además que si el Alcalde paga deudas por cotizaciones impagas de un período anterior en que no haya ejercido como Alcalde, estará exento de responsabilidad civil por la multas e intereses que dichas deudas hubieren ocasionado (incisos finales agregados al art. 60 de la Ley N° 18.695).

Se extiende responsabilidad del Alcalde que ha sido reelegido, a las irregularidades que hubiere cometido en un período inmediatamente anterior, y que afecten el principio de probidad o impliquen notable abandono de deberes. Se incorpora como causal de cesación en el cargo de concejal, el notable abandono de deberes. (modificación al art. 58 de la Ley N° 18.695 incorporando su inciso 2° y modificación al art. 60 de la Ley N° 18.695 en lo relativo a los Concejales).

Se faculta para perseguir la responsabilidad administrativa de Alcaldes y Concejales, que han cesado en sus cargos, hasta 6 meses después de ello (creación del art. 51 bis en la Ley N° 18.695).

Se amplía la inhabilidad para postular a cargos de concejales, respecto de miembros del Tribunal de Defensa de la libre competencia, Tribunal de contratación Pública y Concejo para la transparencia, lo que no afecta a los actuales concejales (modificación al art. 70 de la Ley N° 18.695).

Se extiende incompatibilidad entre el cargo de concejal y al de miembro del Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil (art. 75 Ley N° 18.695 que se modifica).

Concejales deben votar favorable o adversamente sobre materias sometidas a la aprobación del concejo, excepto que les asista un motivo para inhabilitarse o abstenerse, de lo cual deberá dejarse constancia en el acta de la sesión (modificación al art. 79 de la Ley N° 18.695).

El Concejo Municipal, con acuerdo de al menos un tercero de sus miembros, podrá citar a sesión a cualquier Director Municipal, a fin de formularle preguntas y requerir información. (modificación al art. 79 de la Ley N° 18.695).

Se confiere nueva competencia al Jefe de la Unidad de Control, precisándose que la representación que este Jefe debe hacerle al Alcalde por actos ilegales, debe realizarse dentro de los 10 días desde que se tomó conocimiento del acto, y si el Alcalde no tomare las medidas pertinentes,

deberá remitir la información a la Contraloría General de la República (modificación al art. 29 de la Ley N° 18.695).

C. Normas que promueven una mayor transparencia

El Alcalde deberá hacer entrega, al término de su mandato, de un Acta de Traspaso de Gestión, la que deberá consignar la información consolidada de su período alcaldicio, respecto de los contenidos indicados en el inciso 2° del art. 67, así como de los contratos y concesiones vigentes. Dicha Acta deberá ser suscrita por el Secretario Municipal y el Jefe de la Unidad de Control. Sin embargo, podrán no suscribirla si no estuviesen de acuerdo con sus contenidos debiendo comunicar ello al Alcalde que termina su mandato. El acta de traspaso de gestión se entregará tanto al Alcalde que asume como a los nuevos concejales que se integrarán, a contar de la sesión de instalación del concejo (modificación al art. 67 Ley N° 18.695).

En la cuenta anual que el Alcalde debe rendir ante el Concejo y Consejo Comunal de Organizaciones de la Sociedad Civil, se añaden como contenidos: auditorias, sumarios y juicios, resoluciones que sobre la municipalidad haya dictado el Consejo para la transparencia, indicadores de salud, educación, situación previsional del personal, etc. (modificación al art. 67 Ley N° 18.695).

Adicha cuenta anual deberán invitarse a las principales organizaciones comunitarias, autoridades regionales y parlamentarios (modificación al art. 67 de la Ley N° 18.695).

El Consejo Comunal de las Organizaciones de la Sociedad Civil, deberá pronunciarse en el mes de mayo sobre la cuenta anual del Alcalde, hasta la Ley N° 20.742 se pronunciaba en el mes de marzo (modificación al art. 94 Ley N° 18.695).

D. Normas sobre una mejor gestión municipal

Se resuelve problema de vacancia del cargo del Alcalde cuando no hay acuerdo en el Concejo. Se establece que la elección se realizará en una

sola sesión. Si no pudieren realizarse 2 sesiones extraordinarias por falta de quórum, se efectuará una tercera convocatoria y para efectuar dicha sesión no se requerirá quórum mismo de asistencia, resultando electo el Concejal que reúna mayor cantidad de sufragios. Si hubiere empate se elegirá como Alcalde al Concejal que hubiere obtenido la mayor votación en la elección municipal. Si la tercera sesión extraordinaria citada no se pudiese celebrar, resultará elegido Alcalde el Concejal que hubiere obtenido el mayor número de sufragios en la elección municipal (modificación al art. 62 Ley N° 18.695).

Esta modificación tiende a que no se repita el caso de la comuna de La Florida en que sucesivas sesiones extraordinarias convocadas no pudieron llevarse a efecto por falta de quórum.

Se exige para ser candidato a concejal haber aprobado la enseñanza media, requisito que se exigirá para las elecciones del año 2020 (modificación al art. 73 de la Ley N° 18.695).

En la ley de Rentas Municipales –D.L. N° 3.063– se agrega un art. 60 bis, en virtud del cual a fin de asegurar el oportuno pago de las cotizaciones previsionales, la superintendencia de Pensiones deberá informar trimestralmente, a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo, respecto de las cotizaciones impagas que las Municipalidades y Corporaciones municipales, se entregan respecto de los funcionarios municipales y trabajadores de los servicios de educación y salud traspasados a ella.

El artículo 11 de la Ley N° 20.742, faculta a las municipalidades del país, para que dentro de los doce meses siguientes a la fecha de publicación de la ley y previo acuerdo del respectivo concejo, celebren convenios de pago por deudas de derechos de aseo, pudiendo condonar multas e intereses por dicho concepto.

E. Normas referidas a estructura y personal municipal

La Ley N° 20.742 establece en su artículo 1° modificaciones a los arts. 16, 17 y 29 de la Ley N° 18.695, estableciéndose como obligatoria

la existencia en los municipios de Secretaría Municipal, Secretaría Comunal de Planificación –Unidad de Desarrollo Comunitario- Unidad de Administración y Finanzas, Unidad de Control, a lo que se agrega en las Municipalidades de más de 100.000 habitantes las Direcciones de Obras Municipales, Aseo y Ornato, tránsito y transporte público, administración y finanzas, Asesoría Jurídica, Control, sin perjuicio de otras que cada Municipalidad disponga.

Finalmente la Ley N° 20.742 tiene diversas disposiciones en cuanto a creación de Fondo concursable de Formación de Funcionarios Municipales y planes anuales de capacitación, sobre los cuales no nos extenderemos por exceder de las finalidades de este artículo, pero que en definitiva tienden al mismo fin, de mejorar la gestión municipal.

III. CONCLUSIONES

Del análisis de lo anteriormente expuesto en este artículo, podemos deducir las siguientes conclusiones:

1. La Ley N° 20.742 constituye un decisivo impulso en orden a dotar de mayores atribuciones al Concejo Municipal en su rol fiscalizador, y en acentuar los principios de probidad y transparencia en materia municipal.
2. La mencionada ley otorga solución a situaciones problemáticas, que se originaban en el caso de la vacancia del cargo de Alcalde (caso de la comuna de La Florida).
3. Es indispensable que estas facultades fiscalizadoras se ejerzan de modo prudente y racional, y que no sirvan de pretexto para entorpecer la labor del Alcalde, inspirándose en finalidades subalternas, meramente políticas.
4. Se han reforzado las medidas de control de las actuaciones municipales, en pro de una mejor gestión municipal, sin embargo, nuevamente se hace notar la inconveniencia de aplicar un mismo ordenamiento jurídico a Municipalidades de gran envergadura, a

medianas y a pequeños municipios, carentes de la infraestructura material, tecnológica y de personal, que poseen los demás. Nuevamente se advierte la necesidad de efectuar una tipología de los municipios, atribuyéndoles facultades diversas, según su importancia y población. No se pueden comparar municipios como el de Santiago, Valparaíso, Viña del Mar, Concepción, Las Condes, con pequeños municipios rurales, con una dotación de 10 personas a lo sumo, y que carecen de medios técnicos y de infraestructura adecuada.

En todo caso es loable la preocupación del legislador por modernizar el sistema municipal, y por reforzar la gestión edilicia, velando por los principios de probidad y transparencia, dotando mayores atribuciones fiscalizadoras al concejo municipal, y preocupándose finalmente por la capacitación del personal municipal, todo lo cual redundará en bien de la comunidad local.

JURISPRUDENCIA

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema

Fisco de Chile con Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago

13 de enero de 2014

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de queja*

DOCTRINA: *En la especie, un particular recurrió al Consejo para la Transparencia a fin de obtener la entrega de información solicitada al Ministerio de Relaciones Exteriores, consistente en los nombres y honorarios de los abogados que representaron a Chile ante la Corte Internacional de Justicia en el diferendo marítimo con Perú. El Consejo para la Transparencia acogió el amparo y ordenó al órgano administrativo entregar la información solicitada. El Fisco, entonces, interpuso un reclamo de ilegalidad, el que fue rechazado por la Corte de Apelaciones, decisión que se impugnó, mediante un recurso de queja, ante el Máximo Tribunal, quien finalmente denegó la entrega de la información solicitada, considerando para ello lo siguiente:*

Si un organismo técnico del Ministerio de Relaciones Exteriores, dependiente del Ministro del ramo, vale decir, del colaborador inmediato del Presidente de la República en el ejercicio de sus atribuciones relacionadas con la conducción de las relaciones internacionales del país, expidió una Resolución Exenta mediante la cual concluyó, tras efectuar una apreciación de la afectación que la publicidad de la información materia de autos –identidad y honorarios de los abogados que hayan representado a Chile ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el proceso iniciado por una demanda de la República

del Perú— podría causar en el interés nacional, particularmente en las relaciones internacionales de la República, que concurre y es aplicable la causal de secreto o reserva del artículo 8° parte final de la Constitución, calificación que después sostuvo el Ministro de Relaciones Exteriores, se desprende con claridad que tal calificación, que permite fundar la negativa de acceso a la información solicitada, fue practicada de conformidad a lo establecido en la Carta Fundamental y en la ley, por un organismo facultado para ello y respetando, además, la integridad del concepto “interés nacional”, expresión que si bien no se encuentra definida en términos formales, puede sostenerse que confluje en el establecimiento de un estándar genérico encaminado a proteger un aspecto relevante del bien común de la sociedad política conformada por todos los habitantes de la nación o a la satisfacción de necesidades, objetivos o demandas propias de la comunidad nacional que, vinculadas al ámbito de las relaciones diplomáticas y a la defensa de sus aspiraciones internacionales esenciales, deben ser atendidas, evaluadas y solucionadas por los organismos estatales pertinentes bajo la dirección central del Presidente de la República, a quien el constituyente ha encargado como Jefe de Estado la conducción de los intereses del país en esta materia.

En este mismo sentido, el artículo 21 N° 4 de la Ley de Transparencia contempla como causal de secreto o reserva el que la publicidad o divulgación afecte el interés nacional, en especial si se refiere a las relaciones internacionales, en cuyo caso la extensión del derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración cede a favor de la protección del bien común manifestado, en este caso específico, en la especial tutela de secreto, sigilo o reserva. Sin embargo, al desestimar el reclamo de ilegalidad deducido por el Fisco en contra de la decisión de amparo del Consejo para la Transparencia que otorgó la publicidad pedida, los jueces recurridos han vulnerado los artículos 32 N° 15 de la Constitución, 21 N° 4 de la Ley de Transparencia y 19 del Código Civil, pues resultando claro su sentido y su texto se ha desatendido su tenor literal. Efectivamente, la Carta Fundamental y la Ley de Transparencia disponen de manera clara e inequívoca que es al Presidente de la República como Jefe de Estado en un régimen de tipo presidencial como el nuestro a quien corresponde exclusivamente la conducción de las

relaciones internacionales del país y, por ende, sólo a él, mediante los organismos estatales establecidos para tal efecto en su representación, cabe calificar si una determinada decisión las afectará, sin que el Consejo para la Transparencia se encuentre capacitado para alterar esa ponderación ni los magistrados recurridos cuenten con competencia o legitimación para desatender dicha estimación.

El ejercicio de la abogacía importa, principalmente, informar al cliente lo que el derecho exige a una persona colocada en una determinada situación o trance y señalarle qué debe hacer para pasar desde su actual situación hacia otra deseada o a la que aspira alcanzar mediante el ejercicio de los derechos o pretensiones de que goza en cada caso, para lo cual es necesario un acabado conocimiento de las situaciones fácticas que sólo el cliente puede revelar; cuestión que además importa tener acceso y estar al corriente de hechos no conocidos ni divulgados públicamente y que el cliente quiere mantener en dicha condición, todo lo cual configura una relación entre el cliente y su abogado sujeta no sólo a determinados derechos, obligaciones y responsabilidades recíprocas, sino también se caracteriza por la existencia indiscutida de determinados privilegios que deben ser respetados por el sistema judicial en su conjunto. Los abogados, en la relación con su cliente, tienen el deber ético de mantener el secreto profesional, asegurándose su inviolabilidad mediante sanción penal, sigilo que también se extiende a los antecedentes depositados por su intermedio y que se le confían para el cumplimiento de su desempeño. En estas condiciones, resulta indudable que el artículo 42.3 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, al disponer que los abogados de las partes que actúan ante ella gozarán de los privilegios e inmunidades necesarios para el libre desempeño de sus funciones, establece un derecho que, por aplicación de la Resolución N° 90 de las Naciones Unidas, de 1946, debe ser entendido a la luz de la Convención General sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, que otorga inviolabilidad a todo papel o documento del profesional respectivo, de lo que se deriva que el cliente de esa relación, esto es, el Estado de Chile, se halla sujeto a un deber de reserva que le impide dar a conocer el contenido, entre otros documentos, de los contratos suscritos por él con los abogados que lo representan ante ese tribunal internacional, instrumentos en los

que consta la información solicitada. La Convención precitada cumple con la exigencia constitucional de quórum calificado y, por consiguiente, configura una causal de secreto o reserva que impide al Estado dar a conocer la información pedida, motivo por el que al disponer los jueces recurridos su entrega han incurrido en falta o abuso grave.

De conformidad con la Resolución N° 90 de la Naciones Unidas, de 1946, la autoridad competente debería tener el derecho y el deber de renunciar a la inmunidad en los casos en que, según su opinión, ésta impidiera el curso de la justicia, y siempre que el renunciar a aquélla no causara perjuicio a ésta, para cuyo fin la autoridad competente en el caso de los agentes, consejeros y abogados que represente a un Estado determinado será el Estado mismo, de lo que fluye que sólo corresponde al Estado de Chile la decisión de renunciar a la inmunidad de que se trata, la que por incidir en las relaciones internacionales del país sólo puede ser ponderada y adoptada por aquel a quien el constituyente ha encargado la conducción de las mismas, esto es, el Presidente de la República, a través del Ministerio del ramo. En consecuencia, la resolución del Consejo para la Transparencia que otorga publicidad a la información en cuestión vulnera, también, la atribución exclusiva del Primer Mandatario referida a la conducción de las relaciones internacionales y con ello el interés nacional, pues efectúa por sí la estimación de los antecedentes necesarios para decidir la renuncia de una inmunidad otorgada a los abogados que representan al Estado de Chile ante la Corte de La Haya, decisión que al ser mantenida por los magistrados recurridos, importa que éstos incurrieron en falta o abuso grave.

Santiago, trece de enero de dos mil catorce.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que en estos autos Rol N° 13510-2013 el Fisco dedujo recurso de queja en contra de los integrantes de la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Ministro señor Mauricio Silva Cancino, Ministra Suplente señora Jenny Book Reyes y Abogado Integrante señora Claudia Schmidt Hott. Funda el arbitrio atribuyendo a los recurridos falta o abuso grave al dictar la sentencia de trece de noviembre

pasado en la causa Rol N° 4680-2012, en virtud de la cual rechazaron la reclamación deducida por su parte en contra de la decisión de amparo Rol C-1553-2011 adoptada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia en sesión de 13 de junio de 2012, que acogió el amparo por denegación de información deducido por Romina Colman Carnevali y, en consecuencia, ordenó al Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado, la entrega de antecedentes que califica de reservados referidos a los abogados que hayan representado a Chile entre enero de 2010 y octubre de 2011 ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya, en el contexto de la demanda marítima presentada por Perú en el proceso caratulado por la Corte Internacional de Justicia “Maritime Dispute” (Perú v. Chile) y el monto de los honorarios percibidos por cada uno de ellos.

Segundo: Que el quejoso funda su recurso expresando que la solicitante de la información es una estudiante argentina que ha efectuado seis presentaciones ante el Ministerio para poner a prueba el sistema de transparencia y denuncia que durante la tramitación del amparo ante el Consejo para la Transparencia este organismo recibió un escrito con observaciones y antecedentes presentado por la señora Colman Carnevali después de vencido el plazo para ello, el que no fue puesto en su conocimiento y que la dicha gestión no fue recibida a prueba, omisiones con las que fueron vulnerados los principios de legalidad y de bilateralidad de la audiencia.

Como primera falta o abuso aduce que ha sido desechada sin fundamento alguno la causal de reserva del artículo 21 N° 4 de la Ley de Transparencia, pese a que la decisión reclamada ciertamente afecta el interés nacional, pues al ordenar revelar los honorarios profesionales de que se trata sitúa a nuestro país en una posición de desventaja frente a su contendor, quien no ha entregado esa información. Agrega que ello es más grave si se considera que Chile enfrentará un litigio con la República de Bolivia, sin perjuicio de otros asuntos que pudieren transformarse en contenciosos internacionales. Al respecto, arguye que se debe dilucidar quién se encuentra autorizado para ponderar los efectos dañinos de la revelación de que se trata, evaluación referida a la concurrencia de la causal alegada que debe efectuar el Presidente de la República, pues a él

corresponde por mandato constitucional la conducción de las relaciones exteriores, y, además, por el Ministro del ramo, cuya opinión técnica debió ser escuchada y, sin embargo, no lo fue. Explica que en lo concreto la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado ponderó técnicamente el efecto que la publicidad de que se trata podría producir en la estrategia chilena ante la Corte de La Haya. En esas condiciones, el quejoso estima que el fallo vulnera una atribución privativa del Primer Mandatario al calificar la afectación del interés nacional y, en consecuencia, comete falta o abuso.

Sin perjuicio de lo dicho, expone que la publicidad en comento incidiría en el prestigio internacional del país, en tanto supondría violentar la confidencialidad del contrato de asesoría profesional suscrito por él, y que, además, incidirá en la estrategia de defensa de un caso que concierne a los derechos soberanos del país en la medida que pone en riesgo la relación de Chile y sus abogados, en particular en lo vinculado a un proceso actualmente en curso, más aún si la finalidad de la petición es la de poner a prueba el sistema.

Añade que los jueces recurridos han ponderado erróneamente el perjuicio que podría acarrear la entrega de la información en cuestión a la defensa del interés nacional, con lo que también incurren en falta o abuso.

Igualmente estima que se comete una nueva falta o abuso en la medida que los sentenciadores razonan indicando que la labor de la defensa ya ha concluido, pese a que no se ha dictado fallo en el proceso a que los servicios profesionales de que se trata se refieren y aún pueden realizarse diversas actuaciones en él.

Como segunda falta o abuso asevera que ha sido desestimado sin fundamento el deber de reserva contenido en el artículo 42.3 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya. En efecto, alega que los sentenciadores entienden inaplicable esa disposición al caso de marras, pues ella correspondería sólo a garantías funcionales para el desempeño de la labor de los abogados, interpretación que considera errónea y abusiva toda vez que la norma alude a la inviolabilidad de todo papel o documento, entre los que están incorporados los contratos celebrados para

la prestación de servicios ante la Corte Internacional de Justicia, lo que se hace para proteger al profesional respectivo de un escrutinio indebido, como el de la especie. Además, indica que de acuerdo a la práctica y costumbre internacional la referencia a “privilegios” hecha en el artículo en cuestión debe entenderse que comprende el privilegio de la relación cliente-abogado, relativa al carácter secreto de sus comunicaciones.

En tercer lugar, alega como falta o abuso que los sentenciadores omiten pronunciarse acerca de infracciones al debido proceso en que incurrió el Consejo para la Transparencia, consistentes en que admitió alegaciones y probanzas a una de las partes sin recibir a prueba ni poner en conocimiento de su representada tales piezas, con lo que transgredió el principio de bilateralidad de la audiencia.

En cuarto y último término aduce como falta o abuso que los recurridos no se pronunciaron respecto de una de las causales de reserva opuesta por su parte, específicamente la que atañe a que la decisión de amparo afecta el debido cumplimiento de las funciones del órgano, en tanto la publicidad en comento lo sería en desmedro de defensas jurídicas, como estatuye el artículo 21 N° 1 letra a) de la Ley de Transparencia, precisando que ella impactaría en funciones esenciales del órgano, particularmente las relativas a la defensa del Estado, y estima que la consideración quinta de la sentencia resulta ser exigua o insuficiente y se contrapone con otras decisiones de esta Corte, particularmente aquellas contenidas en los fallos dictados en las causas Rol N° 2582-2012 y Rol N° 2788-2012.

Tercero: Que al informar los jueces recurridos expresan, respecto de la causal alegada por el reclamante del artículo 21 N° 1 letra a) de la Ley de Transparencia, que sí se pronunciaron en torno a ella desestimándola de acuerdo al claro tenor del artículo 28 de la misma ley, que impide oponerla al órgano público al que se ha ordenado entregar la información de que se trata, cuando su negativa se haya fundado en la causal citada.

En cuanto a la circunstancia prevista en el artículo 21 N° 4 del mismo texto legal destacan que, recién el 26 de julio de 2012, se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 155/2001 del Ministerio de

Relaciones Exteriores, que declara de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar el interés nacional, de acuerdo al artículo 8 de la Ley N° 19.886, los servicios que requiera contratar la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado para, entre otros, la defensa internacional de los intereses de Chile. Explican que este Decreto Supremo fue dictado con posterioridad a la presentación de la solicitud de que se trata -que es de 24 de noviembre de 2011-, de lo que coligen que sólo en esa fecha la autoridad cambió de criterio en esta materia y que, a contrario sensu, antes no calificaba de reservadas las referidas contrataciones de servicios.

Además, consideran que no se vulnera el interés nacional porque el propio Ministerio no utilizó ninguna cláusula de confidencialidad en la contratación de los profesionales, lo que descarta nuevamente la reserva. Del mismo modo, destacan que ella no tiene la relevancia propia de una información que pueda afectar el interés nacional y su divulgación no puede afectar el bien común del país. Por último, resaltan que el proceso en que incide la información está terminado en su etapa de discusión, de modo que las actuaciones de los profesionales de que se trata ya han concluido.

En resumen concluyen manifestando que, a su juicio, no han incurrido en falta o abuso grave.

Cuarto: Que el recurso de queja se encuentra contemplado en el Título XVI del Código Orgánico de Tribunales, que trata “De la jurisdicción disciplinaria y de la inspección y vigilancia de los servicios judiciales”, y está reglamentado en su párrafo primero que lleva el epígrafe de “Las facultades disciplinarias”.

Conforme al artículo 545 de ese cuerpo legal el recurso de queja solamente procede cuando en la resolución que lo motiva se haya incurrido en faltas o abusos graves, constituidos por errores u omisiones manifiestos e igualmente graves.

Quinto: Que para resolver el asunto sometido a la consideración de esta Corte resulta preciso recordar, en primer lugar, que el artículo 8°

inciso 2° de la Constitución Política de la República, incorporado por la Ley N° 20.050 del año 2005, establece que: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

Asimismo, es del caso consignar que la Constitución Política asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información (artículo 19 N° 12), el que se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, sin perjuicio de que representa además un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas.

Tal preceptiva, que sin distinción obliga a todos los órganos del Estado, exige de éstos que den a conocer sus actos decisorios –tanto en sus contenidos y fundamentos– y que obren con la mayor transparencia posible en los procedimientos a su cargo, lo que se relaciona justamente con el derecho de las personas a ser informadas.

Con todo, la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado tiene justificadas excepciones que contempla la Constitución, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar, referidas todas ellas explícita y taxativamente en la norma constitucional antes transcrita y que sólo el legislador de quórum calificado puede configurar. Se sigue de ello que la interpretación de dichas excepciones debe efectuarse restrictivamente.

En cumplimiento del mandato constitucional fue dictada la Ley de Acceso a la Información Pública –Ley N° 20.285– que preceptúa, en lo que interesa, que “la función pública se ejerce con transparencia, de

modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella” (artículo 3°). También que “el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley” (artículo 4). Por último, que “en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas” (artículo 5).

Sexto: Que corresponde abocarse ahora al examen del primer capítulo del recurso de queja en análisis, esto es, aquel que se refiere a la falta o abuso grave en que habrían incurrido los recurridos al desestimar sin fundamento la causal de reserva esgrimida por el Fisco para denegar el acceso a la información prevista en el N° 4 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, con lo que se ha vulnerado, además, una facultad privativa del Presidente de la República al calificar y ponderar la afectación que la publicidad y divulgación podría causar en el interés nacional, en particular en lo referido a las relaciones internacionales.

Al respecto cabe consignar que la Ley de Transparencia previene, en su artículo 21 N° 4, que: “Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

(...)

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las

relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país”.

Séptimo: Que el N° 15 del artículo 32 de la Constitución Política de la República previene, acerca de las relaciones internacionales de nuestro país, que: “Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

(...)

15°.- Conducir las Relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1°. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere”.

Octavo: Que a su turno el Decreto con Fuerza de Ley N° 161 de 1978, que contiene el “Estatuto Orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores”, dispone en su artículo 1° que: “El Ministerio de Relaciones Exteriores es el Departamento de Estado encargado de la planificación, dirección, coordinación, ejecución, control e información de la política exterior que formule el Presidente de la República.

En consecuencia, le corresponderá, entre otras materias, coordinar las actividades de los distintos Ministerios y Organismos Públicos en aquellos asuntos que inciden en la política exterior e intervenir en todo lo relacionado con la determinación y demarcación de las fronteras y límites del país, así como en todas las cuestiones que atañen a sus zonas fronterizas y a sus espacios aéreos y marítimos y a la política antártica, en general”.

Por su parte, el artículo 2° estatuye que: “Para el cumplimiento de sus funciones, el Ministerio de Relaciones Exteriores contará con:

- a) El Ministro y su Gabinete;
- b) DEROGADA

- c) El Subsecretario y su Gabinete;
- d) Los organismos que se establecen en el presente decreto”, en tanto que el artículo 3° dispone que: “El Ministro de Relaciones Exteriores es el Jefe Superior del Ministerio y el colaborador inmediato del Presidente de la República en el ejercicio de las atribuciones conferidas a éste por la Constitución Política del Estado para la dirección, conducción y mantenimiento de las relaciones internacionales del país”.

Por último, el artículo 17 del mismo cuerpo legal previene que: “La Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado es un organismo Técnico del Ministerio de Relaciones Exteriores, dependiente del Ministro, cuya misión es asesorar al Gobierno e intervenir en todo lo que se refiere a los límites internacionales de Chile y sus Fronteras.

Este organismo se regirá por su ley y reglamento”.

Noveno: Que de los autos tenidos a la vista aparece que formulada la petición de acceso a la información por Romina Colman Carnevali, ésta fue respondida por la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado mediante la Resolución Exenta N° 554, de 16 de diciembre de 2011, denegándola en razón de que concurren las causales de reserva establecidas en el artículo 21 N° 1 letra a) y N° 4 de la Ley de Transparencia, toda vez que: “no puede exponer los nombres y honorarios de los juristas que ha representado al Estado de Chile, y que continuarán en dicha función hasta que el proceso esté judicialmente terminado, habida cuenta de la existencia de obligaciones internacionales derivadas de los tratados vigentes que se lo impiden. En efecto, los trabajos de dicho equipo se encuentran en pleno desarrollo, los que se refieren a la soberanía nacional y los límites del país, cuyo resguardo ante terceros constituye un derecho fundamental del Estado”. A su vez, el Ministro de Relaciones Exteriores expresó, al presentar sus descargos ante el Consejo para la Transparencia, que “en la situación actual, la información que se solicita corresponde a una materia que es prerrogativa de los Estados y respecto de la cual, cada parte mantiene reserva; puesto que si se hicieran públicos, generarían desigualdades entre los Gobiernos, así

como vulnerabilidades en la defensa del país ante la Corte Internacional de Justicia, al darse a conocer un aspecto central de la estrategia de la defensa en un caso sometido por otro Estado, el Perú, ante un tribunal internacional”.

Décimo: Que de la debida inteligencia de los antecedentes reproducidos en el fundamento anterior en conjunto con las normas legales y constitucionales transcritas más arriba es posible inferir que un organismo técnico del Ministerio de Relaciones Exteriores, dependiente del Ministro del ramo, vale decir, del colaborador inmediato del Presidente de la República en el ejercicio de sus atribuciones relacionadas con la conducción de las relaciones internacionales del país, expidió una Resolución Exenta mediante la cual concluyó, tras efectuar una apreciación de la afectación que la publicidad de la información materia de autos podría causar en el interés nacional, particularmente en las relaciones internacionales de la República, que en el caso en examen concurre y es aplicable la causal de secreto o reserva prevista en último lugar del artículo 8 de la Carta Fundamental, calificación que después sostuvo el Ministro de Relaciones Exteriores.

Décimo primero: Que de lo expuesto se desprende con claridad que en la especie la calificación que permite fundar la negativa de acceso a la información solicitada fue practicada de conformidad a lo establecido en la Constitución Política de la República y en la ley, por un organismo facultado para ello y respetando, además, la integridad del concepto de cuya correcta interpretación se trata.

En efecto, si bien es cierto la expresión “interés nacional” no se encuentra definida en términos formales, no lo es menos que las reglas hermenéuticas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico llevan a la conclusión de que, pese a su vaguedad y complejidad, en lo sustancial, ella confluye en el establecimiento de un estándar genérico encaminado a proteger un aspecto relevante del bien común de la sociedad política conformada por todos los habitantes de la nación o a la satisfacción de necesidades, objetivos o demandas propias de la comunidad nacional que, vinculadas al ámbito de las relaciones diplomáticas y a la defensa de sus aspiraciones internacionales esenciales, deben ser atendidas,

evaluadas y solucionadas por los organismos estatales pertinentes bajo la dirección central del Presidente de la República, a quien el constituyente ha encargado como Jefe de Estado la conducción de los intereses del país en esta materia.

Décimo segundo: Que la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública tiene por objeto regular el principio de transparencia de la función pública; el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado; los procedimientos para asegurar su ejercicio y amparo y las excepciones establecidas como limitaciones a la publicidad de la información. Entre estas últimas se encuentra la establecida en el artículo 21 N° 4 de la Ley de Transparencia, que contempla como causal de secreto o reserva en cuya virtud puede legítimamente denegarse total o parcialmente el acceso a la información, el que la publicidad o divulgación afecte el interés nacional, en especial si se refiere a las relaciones internacionales, en cuyo caso la extensión de este derecho cede -en concepto del legislador- a favor de la protección del bien común manifestado en este caso específico en la especial tutela de secreto, sigilo o reserva.

Décimo tercero: Que al desestimar la reclamación de ilegalidad deducida por el Fisco en contra de la Decisión de Amparo Rol N° C-1553-11, que otorgó la publicidad pedida, los sentenciadores han vulnerado las normas transcritas, especialmente las de los artículos 32 N° 15 de la Constitución Política de la República, 21 N° 4 de la Ley de Transparencia y 19 del Código Civil, pues resultando claro su sentido y su texto se ha desatendido su tenor literal, con lo que se ha llegado a una declaración enteramente opuesta al mismo que supone una contravención formal de las disposiciones aludidas.

En efecto, la Carta Fundamental y la ley dictada para desarrollar su texto normativo en esta materia disponen de manera clara e inequívoca que es al Presidente de la República como Jefe de Estado en un régimen de tipo presidencial como el nuestro a quien corresponde exclusivamente la conducción de las relaciones internacionales del país (Alejandro Silva Bascuñán, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo V, la Constitución de 1980 “Gobierno”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004 p 84

y sigts.) y, por ende, que sólo a él, mediante los organismos estatales establecidos para tal efecto en su representación, cabe calificar si una determinada decisión las afectará, sin que el Consejo para la Transparencia se encuentre capacitado para alterar esa ponderación ni los sentenciadores recurridos cuenten con competencia o legitimación para desatender dicha estimación.

Al decidir en sentido contrario los recurridos han cometido una falta o abuso que conducirá al acogimiento del recurso de queja en examen por este primer capítulo.

Décimo cuarto: Que, en lo referido al segundo capítulo del recurso de queja en estudio, resulta preciso consignar que el artículo 42 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya establece que: “1. Las partes estarán representadas por agentes. 2.- Podrán tener ante la Corte consejeros o abogados. 3. Los agentes, los consejeros y los abogados de las partes ante la Corte gozarán de los privilegios e inmunidades necesarios para el libre desempeño de sus funciones”.

A su turno, el artículo IV sección 11 de la “Convención general sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas” de 13 de febrero de 1946 establece que: “Se acordará a los representantes de los Miembros en los órganos principales y subsidiarios, y a los representantes a las conferencias convocadas por las Naciones Unidas, mientras éstos se encuentren desempeñando sus funciones o se hallen en tránsito al lugar de reunión y a su regreso, las siguientes prerrogativas e inmunidades:

(...)

(b) inviolabilidad de todo papel o documento”.

Asimismo, cabe consignar que por Decreto Supremo N° 794, de 1948, se dispuso que la mencionada Convención se cumpliera en Chile como ley de la República.

Finalmente resulta preciso destacar que mediante la Resolución N° 90 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946, sobre “Privilegios e inmunidades de los miembros de la Corte

Internacional de Justicia, del Secretario, de los funcionarios de la secretaría, asesores, agentes y consejeros de las partes y de los testigos y peritos”, se decidió recomendar , en su N° 5 letras a) y b), que: “(a) (i) Los agentes, consejeros y abogados ante la Corte, deberán gozar durante la duración de sus misiones, incluso el tiempo empleado en viajar, de los privilegios e inmunidades previstos en el artículo IV, secciones 11, 12 y 13, del Convenio sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas, bajo las condiciones del artículo IV, sección 15, de dicho Convenio.

(...)

(b) Puesto que los privilegios e inmunidades mencionados en el inciso (a) son concedidos en interés de la buena administración de la justicia y no para beneficio personal de los propios individuos, la autoridad competente debería tener el derecho y el deber de renunciar a la inmunidad en los casos en que, según su opinión, ésta impidiera el curso de la justicia, y siempre que el renunciar a aquélla no causara perjuicio a ésta.

Para este fin, la autoridad competente en el caso de los agentes, consejeros y abogados que represente a un Estado determinado será el Estado mismo”.

Décimo quinto: Que sobre este particular cabe consignar que el quejoso ha sostenido, al fundar este acápite de su recurso, que de acuerdo a la práctica y costumbre internacional la referencia a privilegios del artículo 42.3 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya debe entenderse que comprende el privilegio de la relación cliente-abogado relativa al carácter secreto de sus comunicaciones.

Al respecto cabe destacar que el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales previene que: “Los abogados son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes”.

Asimismo, es preciso dejar asentado que el ejercicio de la abogacía importa, principalmente, informar al cliente lo que el derecho exige a una persona colocada en una determinada situación o trance y señalarle

qué debe hacer para pasar desde su actual situación hacia otra deseada o a la que aspira alcanzar mediante el ejercicio de los derechos o pretensiones de que goza en cada caso, para lo cual es necesario un acabado conocimiento de las situaciones fácticas que sólo el cliente puede revelar, cuestión que además importa tener acceso y estar al corriente de hechos no conocidos ni divulgados públicamente y que el cliente quiere mantener en dicha condición, todo lo cual configura una relación entre el cliente y su abogado sujeta no sólo a determinados derechos, obligaciones y responsabilidades recíprocas, sino que también se caracteriza por la existencia indiscutida de determinados privilegios que deben ser respetados por el sistema judicial en su conjunto, como por ejemplo el de la reserva de la información entregada por el interesado al profesional que lo representa o el de las comunicaciones entre ambos.

Como bien se sabe, los abogados en la relación con su cliente tienen el deber ético de mantener el secreto profesional, asegurándose su inviolabilidad mediante sanción penal, sigilo que también se extiende a todos los antecedentes depositados por su intermedio y que se le confían para el cumplimiento de su desempeño.

En estas condiciones resulta indudable que el artículo 42.3 del Estatuto citado establece, al disponer que los abogados de las partes que actúan ante la Corte de La Haya “gozarán de los privilegios e inmunidades necesarios para el libre desempeño de sus funciones”, un derecho que, por aplicación de la Resolución N° 90 de la Asamblea General de Naciones Unidas citada más arriba, debe ser entendido a la luz de la “Convención general sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas”, y en particular de su artículo IV sección 11, la que otorga inviolabilidad a “todo papel o documento” del profesional respectivo, de lo que se deriva que el cliente de esa relación, vale decir, el Estado de Chile, se halla sujeto a un deber de reserva que le impide dar a conocer el contenido, entre otros documentos, de los contratos suscritos por él con los abogados que lo representan ante ese tribunal internacional, instrumentos en los que constan los datos de que se trata.

Décimo sexto: Que sobre este punto la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política de la República estatuye que: “Se entenderá

que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

A su vez, el artículo 1º transitorio de la Ley N° 20.285 preceptúa que: “De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8º de la Constitución Política”.

Décimo séptimo: Que debiendo cumplirse en nuestro país la “Convención general sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas” como ley de la República, la que se haya actualmente vigente, dictada antes de la promulgación de la Ley N° 20.050 y que establece en su artículo IV sección 11 “reserva respecto de determinados actos o documentos” fundada en el interés nacional y en el debido cumplimiento de las funciones de los órganos estatales involucrados en el litigio de que se trata, se ha de entender que ella cumple con la exigencia constitucional de quórum calificado y que, por ende, en la especie configura una causal de reserva que impide al Estado de Chile dar a conocer la información cuya publicidad ha sido solicitada por Romina Colman Carnevali, motivo por el que al disponer los recurridos la entrega de información sujeta a secreto han incurrido en falta o abuso que amerita el acogimiento del recurso de queja también por este capítulo.

Décimo octavo: Que antes de examinar el siguiente capítulo del recurso en estudio se hace necesario destacar que refrenda los razonamientos hasta aquí expuestos lo establecido en el N° 5 letra b) de la citada Resolución N° 90 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre “Privilegios e inmunidades de los miembros de la Corte Internacional de Justicia, del Secretario, de los funcionarios de la secretaría, asesores, agentes y consejeros de las partes y de los testigos y peritos”, en cuanto dispone que la autoridad competente debería tener

el derecho y el deber de renunciar a la inmunidad en los casos en que, según su opinión, ésta impidiera el curso de la justicia, y siempre que el renunciar a aquélla no causara perjuicio a ésta, para cuyo fin “la autoridad competente en el caso de los agentes, consejeros y abogados que represente a un Estado determinado será el Estado mismo”, de lo que se sigue que sólo corresponde al Estado de Chile la decisión de renunciar a la inmunidad de que se trata, la que por incidir en las relaciones internacionales del país sólo puede ser ponderada y adoptada por aquel a quien el constituyente ha encargado la conducción de las mismas, esto es, el Presidente de la República, a través del Ministerio del ramo.

En estas condiciones la resolución del Consejo para la Transparencia que otorga publicidad a la información en comento vulnera también, desde esta perspectiva, la atribución exclusiva del Primer Mandatario referida a la conducción de las relaciones internacionales y con ello el interés nacional, pues efectúa por sí la estimación de los antecedentes necesarios para decidir la renuncia de una inmunidad otorgada a los abogados que representan al Estado de Chile ante la Corte de La Haya, decisión que, al ser mantenida por los recurridos, importa que éstos incurrieron en falta o abuso que amerita hacer lugar a la queja en análisis.

Décimo noveno: Que en tercer lugar el quejoso sostiene que los sentenciadores no se pronunciaron acerca de las infracciones al debido proceso en que incurrió el Consejo para la Transparencia, consistentes en que admitió alegaciones y probanzas a una de las partes sin recibir a prueba ni poner en conocimiento de su representada tales piezas, con lo que transgredió el principio de bilateralidad de la audiencia.

Sobre el particular el artículo 25 de la Ley de Transparencia preceptúa que: “El Consejo notificará la reclamación al órgano de la Administración del Estado correspondiente y al tercero involucrado, si lo hubiere, mediante carta certificada.

La autoridad reclamada y el tercero, en su caso, podrán presentar descargos u observaciones al reclamo dentro del plazo de diez días hábiles, adjuntando los antecedentes y los medios de prueba de que dispusieren.

El Consejo, de oficio o a petición de las partes interesadas, podrá, si lo estima necesario, fijar audiencias para recibir antecedentes o medios de prueba”.

Vigésimo: Que al respecto se debe consignar que, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Corte Suprema, el respeto de la garantía del debido proceso, establecida en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República, supone, entre otros deberes para el órgano que conoce del asunto sometido a su decisión, el de recibir el proceso a prueba si es que concurren las circunstancias de hecho que así lo ameritan, pues cláusulas como la del inciso final del artículo 25 reproducido precedentemente no resultan ser discrecionales para el órgano respectivo. En efecto, no se trata en la especie de que el Consejo para la Transparencia haya estado facultado para, si lo deseaba o lo estimaba apropiado, abrir un término probatorio, pues debe entenderse que la disposición legal apunta a su facultad para disponer de manera oficiosa dicho trámite en el caso de que estén presentes los supuestos fácticos que hacen procedente la recepción del proceso a prueba. En estas condiciones, el Consejo para la Transparencia se hallaba en la necesidad de iniciar la etapa procesal descrita y al no declararlo así los sentenciadores han incurrido en falta o abuso que justifica el acogimiento del recurso en examen.

Vigésimo primero: Que en lo que respecta al último capítulo del recurso de queja en análisis, consistente en que los sentenciadores no se pronunciaron acerca de la causal de reserva opuesta por su parte del artículo 21 N° 1 letra a) de la Ley de Transparencia, esta Corte debe dejar asentado que los recurridos, en el fundamento quinto de su fallo, abordan esta cuestión y luego de referirse al artículo 28 del mismo cuerpo legal sostienen que: “La referida causal, en consecuencia no puede ser tomada en consideración y ha de desestimarse desde luego, en atención al claro tenor de la norma transcrita”.

En estas condiciones resulta evidente que el fallo objeto de la queja en estudio sí se hace cargo de la causal de reserva mencionada, resultando impertinente al efecto la alegación del quejoso referida a que el razonamiento transcrito más arriba “se contrapone con lo resuelto

por esta Excma. Corte Suprema”, de modo que el presente capítulo del recurso debe ser desestimado.

Vigésimo segundo: Que, por último, estos sentenciadores estiman del caso dejar establecido que por tratarse, en lo que respecta a los abogados nacionales que han representado a nuestro país ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya, de la misma clase de relación profesional que une al Estado con los de nacionalidad extranjera y considerando que sobre el particular el legislador no ha establecido distinción alguna entre unos y otros, se debe colegir que la información referida a la identidad y honorarios percibidos por los profesionales chilenos también se encuentra cubierta por las causales de reserva mencionadas en el presente fallo, sin que la decisión del Ministerio de Relaciones Exteriores de publicar su contenido modifique u obste a dicha conclusión.

Vigésimo tercero: Que al no haber aplicado los jueces recurridos las normas expresas que se refieren a las causales de secreto o reserva y no dado debida aplicación a las disposiciones que garantizan el debido proceso y la bilateralidad de la audiencia, han incurrido en falta o abuso grave, lesivo para los intereses del recurrente, cuya transgresión debe ser enmendada con el remedio jurisdiccional que se adopta por esta vía.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, **se acoge** el recurso de queja deducido en lo principal de fojas 16, se deja sin efecto la sentencia de trece de noviembre de dos mil trece que rechazó la reclamación interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado y en su lugar se accede a la misma, declarándose por esta Corte Suprema que se deja sin efecto la Decisión de Amparo C-1553-11, adoptada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia en sesión de 13 de junio de 2012, en aquella parte que acoge el amparo por denegación de información deducido por Romina Colman Carnevali y, en consecuencia, por los razonamientos expuestos, se deniega la entrega de la información relativa a la identidad de los abogados que hayan representado a Chile ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el proceso caratulado por la Corte Internacional de Justicia “Maritime Dispute” (Perú v. Chile) iniciado por una demanda

de la República del Perú de 16 de enero de 2008, así como la referida a los honorarios percibidos por cada uno de ellos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, pasen los antecedentes al Tribunal Pleno para los fines que fueren pertinentes.

Regístrese y agréguese copia autorizada de esta resolución a la causa tenida a la vista, la que será devuelta en su oportunidad.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Arturo Prado Puga.

Rol N° 13510-2013.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., y el Abogado Integrante Sr. Arturo Prado P. Santiago, 13 de enero de 2014.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a trece de enero de dos mil catorce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

JURISPRUDENCIA

DERECHO LABORAL

Corte Suprema

**Bussenius con Central de Abastecimientos del
Sistema Nacional de Servicios de Salud**

30 de abril de 2014

***RECURSO PLANTEADO:** Recurso de unificación de jurisprudencia.*

***DOCTRINA:** La Corte Suprema acoge el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por la demandante y señala que el procedimiento de tutela laboral es aplicable a los funcionarios públicos. El fallo analiza el artículo 1° del Código del Trabajo en especial los casos en que de acuerdo a su inciso 3° sus normas son aplicables a los funcionarios públicos. Señala el fallo que no existe en el Estatuto Administrativo un procedimiento jurisdiccional especial para conocer y resolver denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en el ámbito de la relación de trabajo y que las normas del procedimiento de tutela no son contrarias a las del referido Estatuto. Concluye que el Juzgado de Letras del Trabajo es competente para conocer de la demanda de tutela interpuesta por funcionario de CENABAST.*

Santiago, 30 de abril de 2014.

Vistos:

En autos RIT T-118-2013, RUC N°1340008096-2, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en procedimiento de Tutela

Laboral, don Pablo Andrés Bussenius Cornejo denunció a la Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast), por haberlo privado de su empleo público vulnerando la garantía de no discriminación directa, por razones sindicales, e indirecta, en el empleo y ocupación de las normas que indica, a efectos de lo cual solicita el reintegro a sus funciones y, en subsidio y atendida la especial gravedad de lo acontecido, se la condene al pago del equivalente a 11 remuneraciones, entre otras prestaciones.

La demandada solicitó el rechazo de la acción y, aceptando los aspectos que hacen a las características laborales del actor (funciones, tiempo servido, calidad de la relación a contrata), alegó incompetencia absoluta del tribunal y falta de legitimación, las que fueron rechazadas por el tribunal en audiencia preparatoria. En cuanto al fondo, como defensa subsidiaria, la demandada controvertió todos los hechos afirmados por el actor y, expresamente, el haber incurrido en actos de discriminación.

La sentencia definitiva de veinticuatro de junio de dos mil trece acogió la denuncia por vulneración de derechos fundamentales, y declaró que Cenabast discriminó, ejerciendo una acción antisindical al poner término a los servicios del actor el 31 de diciembre de 2012, y ordenó reincorporarlo a sus funciones habituales una vez ejecutoriada la resolución, pagarle las remuneraciones devengadas hasta su efectiva reincorporación y publicar la sentencia en su intranet corporativa. Como medida cautelar dispuso la reincorporación del actor dentro de quinto día de notificada la sentencia.

En contra de dicha sentencia, la demandada, representada por el Consejo de Defensa del Estado, interpuso recurso de nulidad fundada en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, por infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación a los artículos 1° , 3° letra c) y 160 , todos de la ley 18.834, artículo 15 de la ley 18.575, y asimismo, en relación a los artículos 1° , incisos 2° y 3° , 4° , 420 y 485 , todos del Código del Trabajo, al interpretar y aplicar erróneamente dichos artículos, lo que le lleva a concluir que existió falta de jurisdicción del juez para conocer del asunto controvertido. En subsidio, y con los mismos argumentos esgrimidos en relación a la

causal principal, alegó la del artículo 478 letra a) del Código del Trabajo, incompetencia del tribunal, para después alegar en forma subsidiaria, una en pos de otra, la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, por infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación a los artículos 485 y 3° letra a), ambos del Código del Trabajo y nuevamente la causal del artículo 477 citada en relación al artículo 10 de la ley 18.834, la causal del artículo 478 letra b) y la del artículo 478 letra e), por decisiones contradictorias, ambas del cuerpo legal citado.

La Corte de Apelaciones de Santiago conociendo del citado recurso, lo acogió, en fallo de primero de octubre de dos mil trece, por estimar que concurría la causal principal de nulidad alegada, invalidó la sentencia y dictó una de reemplazo que rechazó la acción de tutela intentada, fundada en que al estar el actor sometido a un estatuto especial, no le eran aplicables las normas sobre tutela contenidas en el Código del Trabajo.

En contra de la resolución que falló el recurso de nulidad, la demandante dedujo ante esta Corte recurso de unificación de jurisprudencia, solicitando se lo acoja y se deje sin efecto lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, dictando una sentencia de reemplazo que haga lugar a la denuncia de tutela, más las costas de la unificación.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

1º) Que, de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 483 y 483-A, ambos del Código del Trabajo, el recurso de unificación de jurisprudencia procede cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existen distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes, emanados de Tribunales Superiores de Justicia. La presentación debe ser fundada e incluir una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones existentes en relación a la materia fallada en la sentencia contra la que se recurre, amén de acompañar copias fidedignas del o los fallos que se invocan como fundamento.

2º) Que la parte recurrente sostiene que la materia de derecho objeto del presente recurso, que habrá de dilucidar esta Corte, dice relación con la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo, para conocer y fallar acciones de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales, respecto de personas que prestan servicios al amparo del Estatuto Administrativo.

3º) Que, luego de referir los antecedentes de hecho del proceso, el recurrente señala que la Corte de Apelaciones de Santiago, en el fallo que impugna, se aparta de la jurisprudencia de otros tribunales superiores que, amparada en el inciso 3º del artículo 1º y en el artículo 420, ambos del Código del Trabajo, ha declarado la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer acciones de tutela como la que se ventila en este juicio, interpuestas por quienes tienen o han tenido la calidad de funcionarios públicos regidos por el Estatuto Administrativo. Cita, al efecto, dos sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Valparaíso –roles N°267-09 y N°334-2011– en la primera de las cuales, por fallo de 4 de septiembre de 2009, se resolvió que “Teniendo únicamente presente lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Código del Trabajo, se revoca la resolución apelada de siete de julio de dos mil nueve y, en su lugar, se declara que el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso es competente para seguir conociendo de la presente causa. Devuélvase los antecedentes al tribunal a quo”. Explica el recurrente que dicha resolución revocó la resolución que inicialmente se negó a dar curso a la demanda, argumentando que “teniendo presente que del tenor de la demanda aparece que las partes, en sus relaciones laborales, se encuentran regidas por el Estatuto Administrativo, atendida la calidad de funcionarios públicos de los actores, teniendo presente además, lo dispuesto en los artículos 420 y 447 del Código del Trabajo, el tribunal se declara incompetente para conocer de la causa, debiendo remitirse los antecedentes a la Corte de Valparaíso para los fines a que hubiere lugar” (Juicio caratulado Araya Guerra, Jorge con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota, RIT T- 26-2009, Juzgado de letras del Trabajo de Valparaíso).

En relación a la segunda causa citada, caratulada “Torrealba Alcérreca con Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes”, señala que se establece el criterio de que aun cuando una persona se rija por un

estatuto especial, es posible que quede sujeta a las normas del Código del Trabajo, en materias que no están reguladas en sus propios estatutos, siempre que no fueren contrarios a ellos, que es lo que ocurre en el caso de los funcionarios públicos, toda vez que el Estatuto Administrativo no contempla un procedimiento especial por vulneración de derechos fundamentales, sin que pueda entenderse que una acción de esta clase se oponga a las normas estatutarias, ya que ésta busca cautelar en definitiva derechos fundamentales a todas las personas sin distinción. Agrega la citada sentencia que la voz “trabajadores” utilizada en el artículo 1° del Código del Trabajo, para referirse a los funcionarios de la administración del Estado, resulta relevante para estos efectos.

A la luz de lo anterior, el recurrente indica que el criterio contenido en la sentencia cuya interpretación impugna infringe la normativa legal citada, toda vez que, en su opinión, no puede dejarse de lado que el artículo 84 del Estatuto Administrativo hace una remisión expresa al artículo 2° del Código del Trabajo, en tanto que el artículo 17 de la ley 18.834, hace la misma remisión en forma tácita, lo cual considera un criterio de interpretación que demuestra que el Estatuto Administrativo confiere a los funcionarios de planta y a contrata el derecho a no ser discriminados, pero no un procedimiento judicial para accionar ante la vulneración de tal garantía. Señala, en consecuencia, que el Juzgado del Trabajo, en procedimiento de tutela de los artículos 485 a 495 del Código del Trabajo, resulta ser competente para conocer de tales acciones de tutela por vulneración de derechos fundamentales interpuestas por quienes presten o hayan prestado servicios para entidades públicas, estando regidos por el Estatuto Administrativo.

Termina señalando que, como se aprecia, ante hipótesis prácticamente idénticas, referidas a la competencia de los Juzgados del Letras del Trabajo para conocer y fallar acciones de tutela como las indicadas, las respectivas Cortes de Apelaciones han aplicado los artículos 1° y 420 del Código del Trabajo con criterios diametralmente opuestos, olvidando la sentencia que se recurre que el artículo 486, inciso primero, del Código del Trabajo, otorga en forma expresa competencia a los Juzgados del Trabajo para conocer de las denuncias que particulares y organizaciones hagan por vulneración de derechos fundamentales, de suerte que, sostiene

el recurrente, dicha norma otorga competencia, en los términos de los literales a) y g) del artículo 420 y del inciso 3° del artículo 1° del Código del Trabajo, para conocer de la acción que se ventila en el juicio de autos, aun cuando quienes la interpongan presten servicios de aquellos regidos por un estatuto especial, como el contemplado en la ley 18.834. Todo lo cual, señala, justifica ampliamente la interposición del presente recurso de unificación de jurisprudencia, a fin de que esta Corte determine la interpretación que se ajusta a derecho.

4º) Que, examinada la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha doce de septiembre de 2011, rol N°334-2011, cuyo certificado de ejecutoriedad consta a fojas 127, se advierte que, en este caso, en que se accionó de tutela laboral por estimar que el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, al despedir al actor, había incurrido en actos discriminatorios, vulnerándose a su respecto un derecho fundamental y encuadrando su acción en aquella contenida en el artículo 485 inciso 3° del Código del Trabajo, la Corte sostuvo que, efectivamente, se había infringido el artículo 1° inciso 3° del Código del Trabajo, en relación a lo dispuesto en el artículo 485 del mismo cuerpo legal.

Argumentando en favor de dicha decisión y, luego de transcribir en el motivo quinto lo dispuesto en el artículo 1° inciso segundo y tercero del Código del Trabajo, señaló en el considerando sexto del fallo que “De lo consignado en el fundamento anterior, aparece que aun cuando una persona en materia de trabajo se rija por un estatuto especial, es posible que en algunos aspectos pueda quedar sujeto a las normas del Código del Trabajo, en materias que no estén reguladas en sus respectivos estatutos, siempre que no fueren contrarios a ellos. Esta situación es la que precisamente ocurre en la especie, pues si bien el actor es una persona que en su contrato se ha indicado que se rige por la ley 18.834, esta normativa no contempla la posibilidad de accionar en un procedimiento especial, por vulneración de tutela de derechos fundamentales, no pudiendo entenderse que una acción de esta clase se oponga a las normas de ese estatuto especial, atendido a que el procedimiento de tutela, si bien aparece establecido para solucionar un conflicto que surge en una relación vinculada al trabajo, busca cautelar en definitiva derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas sin distinción.” La

sentencia en análisis destaca, en el considerando siguiente, que “aparece relevante que el inciso tercero del artículo 1° del Código del Trabajo, emplee la expresión “trabajadores” para referirse a los funcionarios de la Administración del Estado que indica en el inciso segundo y que excluye en principio a su respecto la aplicación de las normas del Código del Trabajo, calificación que coincide con la empleada en el artículo 485 del mismo cuerpo legal cuando establece el ámbito de aplicación del procedimiento de Tutela Laboral”. A la luz de las reflexiones anteriores, la Corte estimó que el actor tenía legitimación para deducir la acción contenida en la denuncia y acogiendo el recurso de nulidad interpuesto, dejó sin efecto la sentencia y la audiencia de juicio, disponiendo que la causa quedara en estado de realizarse una nueva audiencia de juicio, por juez no inhabilitado.

5°) Que, para los efectos del presente recurso, se prescindirá de la resolución dictada por la Corte de Valparaíso en el rol 267-2009, ya que no constan en autos los antecedentes que refiere la recurrente respecto de la resolución de primera instancia que ésta revocó, por lo que resulta insuficiente para analizar la interpretación que se pretende.

En consecuencia, la comparación se realizará sólo en función de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso examinada en el motivo cuarto.

6°) Que, conforme a lo expuesto precedentemente, resulta manifiesta la contradicción entre el criterio sostenido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el fallo analizado en el motivo cuarto y el vertido en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago por la que se recurre en estos autos, desde que en ésta se estimó que el artículo 485 del Código del Trabajo, que establece el procedimiento de tutela laboral, se ha de aplicar “respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores que allí se precisan. Es decir, a la vinculación surgida en los términos del artículo 7° y 8° del mismo texto legal y en caso alguno, a la relación estatutaria a la que se someten los funcionarios públicos a contrata, cuyo contenido está dado por las disposiciones de su propio estatuto, esto es, la ley 18.834” (motivo noveno). En apoyo de

su decisión, la Corte señaló, asimismo, que en la especie no concurría la situación contemplada en el inciso 3° del artículo 1° del Código del Trabajo, “por cuanto en autos no se trata de hacer efectivas las normas del cuerpo legal mencionado (...) en defecto de las disposiciones estatutarias a la que está sometido, sino de encuadrar la situación del actor a toda la normativa que tiene dicho Código, en circunstancias que sus servicios se ejecutaron merced de una modalidad prevista y autorizada por la ley que rige a ese organismo, según se desprende las resoluciones agregadas en autos” (motivo sexto).

7°) Que, en tales circunstancias, existiendo interpretaciones distintas sobre la materia de derecho aludida, emanadas de pronunciamientos de Tribunales Superiores, el presente recurso de unificación de jurisprudencia deberá acogerse.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia deducido por la parte demandante, en relación a la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en autos rol ingreso Corte N°1045-2013, con fecha uno de octubre de dos mil trece, que acogió el recurso de nulidad interpuesto por la demandada en contra de la sentencia del Segundo Juzgado de letras del Trabajo de Santiago, en causa RIT T-118-2013, RUC 1340008096-2, debiendo dictarse acto seguido y sin nueva vista la correspondiente sentencia de reemplazo.

Acordada contra el voto del Abogado Integrante señor Guillermo Piedrabuena Richard quien no obstante reconocer la existencia de jurisprudencia contradictoria en relación a la tutela laboral de los funcionarios de la Administración del Estado, estima ajustada a derecho el fallo de mayoría de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, escrito a Fs. 87 y siguientes, que había invalidado la sentencia de primera instancia que había rechazado la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Fisco, compartiendo los fundamentos de dicha sentencia.

Asimismo, el disidente comparte la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, que se contiene en el fallo de 5 de octubre del 2011 que

en los autos ingreso 1972-2011, caratulados “Castillo con Intendencia Regional de La Araucanía” acogió por unanimidad el recurso de unificación de jurisprudencia presentado por el Fisco de Chile, estimando que los juzgados laborales son incompetentes absolutamente, en razón de la materia, para conocer de una demanda de tutela de derechos laborales fundamentales incoada por funcionarios públicos designados en calidad de contratados. (Ministros Patricio Valdés, Roberto Jacob, Sra. María Eugenia Sandoval y Abogados Integrantes Sres. Luis Bates y Jorge Lagos).

Redactó la ministra señora Andrea Muñoz, y el voto disidente su autor.

Regístrese.

N°10.972-2013.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., señor Carlos Aránguiz Z., señora Andrea Muñoz S., y el Abogado Integrante señor Guillermo Piedrabuena R. No firma el Ministro señor Aránguiz, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con permiso. Santiago, treinta de abril de dos mil catorce.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a treinta de abril de dos mil catorce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, 30 de abril de 2014.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 483-C del Código del Trabajo, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo en unificación de jurisprudencia.

Vistos:

De la sentencia de nulidad dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha uno de octubre de dos mil trece, se reproduce la parte expositiva con las siguientes modificaciones: a) En el primer párrafo, se corrige la individualización de la causa de primera instancia, en términos que donde dice causa RIT T- 118-210, debe decir, causa RIT T- 118-2013; b) En el primer párrafo, asimismo, se sustituye la mención a “doña Irma Soto Rodríguez, abogado procurador fiscal del Consejo de Defensa del Estado”, por “don Pablo Andrés Bussenius Cornejo”; c) En el párrafo cuarto, donde dice “el actor”, debe decir “la demandada”; Se mantienen los motivos primero, segundo y tercero.

Y teniendo, además, presente:

1º) Que el recurrente invoca, en primer término, la causal de nulidad del artículo 477 del Código del Trabajo, por infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, en relación a los artículos 1º, 3º letra c) y 160, todos de la ley 18.834, 15 de la ley 18.575 y 1º, incisos 2º y 3º, 4º, 420 y 485, todos del Código del Trabajo, por estimar que se han interpretado y aplicado erróneamente, toda vez que, en su opinión, el tribunal a quo no tenía jurisdicción y por ende no era competente para conocer y resolver la controversia planteada.

Sostiene, en síntesis, que ha habido una falsa aplicación del artículo 420 del Código del Trabajo, desde que dicha norma le otorga competencia a los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer “las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales”, cuestión que no ocurriría en la especie, atendido que no existió una relación laboral entre las partes, ya que el demandante se desempeñó como funcionario público a contrata en un órgano

descentralizado del Estado (Cenabast), por lo que se regía por el Estatuto Administrativo, al tenor de lo dispuesto en su artículo 1° y 3°, norma esta última que define el concepto de empleo a contrata como uno de carácter transitorio que se consulta en la dotación. Sostiene que lo anterior guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 18.575, que establece que el personal del Estado se regirá por las normas estatutarias en cuanto al ingreso, deberes, derechos, responsabilidad administrativa y cesación de funciones. Indica que la vulneración del artículo 1°, incisos 2° y 3°, del Código del Trabajo resulta evidente, toda vez que no es posible aplicar normas del Código del Trabajo en lo referente a la acción de tutela deducida en autos, por cuanto ellas se contraponen absolutamente al régimen contenido en el sistema normativo de derecho público que regula los cargos a contrata. Concluye que el conocimiento jurisdiccional corresponde al juzgado civil pertinente. Agrega, por otra parte, que los funcionarios públicos disponen de un procedimiento especial de reclamo para la defensa de sus derechos, que es conocido por la Contraloría General de la República, conforme prevé el artículo 160 del Estatuto Administrativo, el que excluye la aplicación del procedimiento de tutela laboral, sin generar desventajas ni discriminaciones para el funcionario. El recurrente postula, por último, que son las propias normas que regulan el procedimiento de tutela laboral (se refiere a los artículos 485, 486 y 489 del Código del Trabajo), las que restringen su aplicación al ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde al ámbito laboral.

2º) Que el recurrente invoca, en forma subsidiaria, la causal del artículo 478 letra a) del Código del Trabajo, esto es, cuando la sentencia ha sido dictada por juez incompetente, dando por expresamente reproducidos los argumentos esgrimidos en relación a la causal anterior y señalando, bajo este capítulo de nulidad, que la sentencia fue dictada por un juez con falta de jurisdicción para conocer el asunto.

3º) Que, también de manera subsidiaria, el recurrente invoca la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, por haberse incurrido en infracción del artículo 485 y 3º letra a) ambos del Código del Trabajo, sosteniendo que el juez hizo una falsa aplicación de dichas normas ya que el primero de los citados es claro al establecer que la acción de tutela se aplica a aquellas partes que se encuentran relacionadas por un vínculo

de subordinación y dependencia y que las conductas denunciadas deben ser efectuadas por el empleador, concepto que de acuerdo a lo previsto en el artículo 3° letra a), no puede alcanzar a un órgano descentralizado del Estado. Por esta razón el juez a quo, señala, debió haber rechazado la acción por falta de legitimación pasiva.

4°) Que, enseguida, el recurrente interpone, siempre en carácter subsidiario, la causal de nulidad contemplada en el artículo 477 del Código del Trabajo, por haberse infringido el artículo 10 de la ley 18.834, que establece que los empleos a contrata durarán como máximo hasta el 31 de diciembre de cada año y que los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones por el sólo ministerio de la ley, salvo que se prorrogue la prórroga con 30 días de anticipación.

Manifiesta que se trata de empleos transitorios y por lo mismo su estabilidad es precaria, de manera que no puede existir un despido discriminatorio, como reclama el demandante, dado que su vinculación con el Servicio terminó por el vencimiento de plazo para el cual fue contratado, por el solo ministerio de la ley.

Agrega que el ordenamiento jurídico reconoce a la autoridad la facultad para poner término a la contrata en el caso que no se requiera contar con sus servicios.

5°) Que el recurrente ha alegado, además, en forma subsidiaria, la causal de nulidad del artículo 478 letra b) del Código del Trabajo, esto es, por haberse dictado la sentencia con infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Señala que el demandante alegó una discriminación directa en el despido por razones sindicales, e indirecta, porque la no renovación de la contrata no se fundaría en la capacidad e idoneidad para el cargo, y que el sentenciador concluyó que los servicios del demandante habían concluido por un acto discriminatorio en razón de antisindicalidad, sobre la base de una ponderación de la prueba que el recurrente analiza detalladamente e impugna, destacando los errores y omisiones que, a su juicio, se habrían cometido por el sentenciador. Concluye señalando que la sentencia infringe fundamentalmente las máximas de la experiencia, a

que alude el artículo 456 del Código del Trabajo, en relación al 478 letra b), citado.

6º) Que, por último, el recurrente alega, en subsidio de todas las anteriores, la causal de nulidad contemplada en el artículo 478 letra e) del Código del Trabajo, esto es, afirma que la sentencia contiene decisiones contradictorias, por cuanto considera incompatible disponer, como lo hizo el fallo que impugna, que el demandado debe reincorporar al demandante a sus labores una vez ejecutoriada la resolución y, al mismo tiempo, decretar una medida cautelar que obliga al servicio a reincorporarlo dentro de quinto día hábil de notificada dicha resolución.

Sostiene que ambas decisiones se anulan y que la medida cautelar va en contra del contenido esencial de la sentencia, desde que constituye la misma conducta pero anticipada, en circunstancias, además, que ésta tiene un carácter instrumental y no un fin en sí misma.

7º) Que, examinadas las tres primeras causales de nulidad, es posible advertir que tras ellas subyace el mismo reproche por el cual se ha recurrido de unificación de jurisprudencia, cual es que el Juzgado de Letras del Trabajo sería incompetente para conocer de las acciones de tutela laboral reguladas en el Código del Trabajo, atendido que quien ejerce la acción es un funcionario público que se desempeñaba bajo la modalidad a contrata para un órgano del Estado (Cenabast) y, en consecuencia, estaría sujeto al Estatuto Administrativo. De hecho, aunque la segunda causal es subsidiaria de la primera, el recurrente se remite a las argumentaciones hechas valer en relación a ésta y, la tercera, que dice relación con la legitimación pasiva de la demandada, apunta en definitiva al mismo objetivo que las anteriores. Serán, en consecuencia, objeto de estudio conjunto.

8º) Que la Tutela Laboral es un procedimiento nuevo y especial, introducido por la ley 20.087, con el objeto específico de proteger los derechos fundamentales del trabajador (en estricto rigor no es un procedimiento especial, puesto que su tramitación se efectúa conforme al procedimiento de aplicación general). Se trata, en definitiva, de un mecanismo o conjunto de reglas que permite al trabajador reclamar el

resguardo y la protección jurisdiccional de sus derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral, cuando aquellos se aprecien lesionados por el ejercicio de las facultades del empleador.

Dicha nueva modalidad, aparece como la culminación de un proceso tendiente a introducir reglas sustantivas, orientadas a explicitar y reforzar la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, como las relativas a la prohibición de las discriminaciones (artículo 2° del Código del Trabajo) y las que consagraron la idea de ciudadanía laboral en la empresa (artículo 5° del mismo cuerpo legal), en cuanto se reconoce la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales, en el seno de la relación de trabajo. En ese contexto y en busca de la vigencia efectiva en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, las normas de Tutela consagradas recientemente vienen a colmar ese vacío, al establecer una acción específica para salvaguardarlos, abriendo un espacio a lo que se ha denominado la “eficacia horizontal” de esa clase de derechos.

Así lo destacaba el mensaje presidencial que acompañó al proyecto de ley que dio origen a la modificación legal analizada, señalando que “uno de los pilares centrales del proyecto apunta a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico - laboral, de los derechos que el trabajador detenta no solo en cuanto trabajador sino en cuanto persona (derecho a la intimidad y vida privada, el honor y la propia imagen, el pensamiento político o religioso, la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etc.). Se trata en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas. Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos.” A su turno, en el debate parlamentario quedó de manifiesto que se trata de derechos fundamentales que exceden los que se han considerado tradicionalmente como derechos propiamente laborales (como el derecho a la sindicalización, negociación colectiva, entre otros) y que la nueva modalidad busca salvaguardar el ejercicio de los derechos de las personas, los cuales se estiman “inviolables en cualquier circunstancia, incluso al interior de la micro sociedad que es la empresa, y

están garantizados para todos los habitantes en la Constitución Política.” (Cámara de Diputados, Legislatura 352, Sesión 51, 16 de marzo de 2005)

9º) Que, con respecto a las normas denunciadas como infringidas en las causales de nulidad aludidas en el motivo séptimo, resulta necesario establecer, en primer lugar, el correcto sentido y alcance del artículo 1º del Código del Trabajo, que señala:

“Las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias.

Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquéllas en que tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial.

Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos.

Los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías, archiveros o conservadores se regirán por las normas de este Código”.

10º) Que, por otra parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto se encuentra actualmente refundido y sistematizado en el DFL 29 del año 2004, las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias y Gobernaciones y de los Servicios Públicos centralizados y descentralizados, creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas de dicho Estatuto, con las excepciones que establece el inciso 2º del artículo 21 de la ley 18.575.

En tanto, el artículo 3° letra c) del mencionado Estatuto, define el empleo a contrata, como “aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución”.

En la especie, la sentencia de nulidad que se reemplaza dejó establecido, en el motivo segundo, que el demandante fue contratado en el año 2008, como funcionario de la Central Nacional de Abastecimientos –órgano descentralizado del Estado– para desempeñar servicios en calidad de contrata, por lo que concurren a su respecto los presupuestos para entender comprendida su situación jurídica en la hipótesis prevista en el inciso segundo del artículo 1° del Código del Trabajo, antes transcrito.

11°) Que, si bien el inciso segundo del artículo 1° del Código del Trabajo excluye de la aplicación de sus normas a las personas que indica, en la medida que se encuentren sometidas por ley a un estatuto especial, cuyo es el caso de los funcionarios de la Administración del Estado como el demandante, según se ha anotado precedentemente, lo cierto es que el inciso tercero de la referida norma prevé la posibilidad de que a “los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente”, les sean aplicables las normas del Código del Trabajo, si concurren los siguientes requisitos, copulativos, a saber, que se trate de materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos y, en seguida, que ellas no fueren contrarias a éstos últimos.

12°) Que, en relación al primero de los requisitos antes señalados, es posible establecer que revisadas las disposiciones del citado Estatuto Administrativo no se advierte que contenga normas que regulen un procedimiento jurisdiccional especial para conocer y resolver denuncias de vulneración de derechos fundamentales que afecten a los funcionarios en el ámbito de la relación de trabajo. En efecto, el procedimiento especial de reclamo consagrado en el artículo 160 del Estatuto Administrativo, al que ha aludido la demandada, es un recurso de carácter administrativo que conoce la Contraloría General de la República, por vicios de legalidad que pudieren afectar los derechos conferidos a los funcionarios en dicho Estatuto. Lo anterior significa que el funcionario no tiene acceso a la jurisdicción, sino sólo a la revisión administrativa del órgano

contralor, cuestión esencial que hace que ambos procedimientos no resulten homologables, sin perjuicio que, además, la materia objeto del reclamo administrativo se limita a los vicios o defectos de que pueda adolecer un acto administrativo, en circunstancias que el procedimiento de tutela laboral comprende cualquier acto ocurrido en la relación laboral que, como consecuencia del ejercicio de las facultades del empleador, implique una lesión en los derechos fundamentales del trabajador, en los capítulos que especifican los incisos 1° y 2° del artículo 485 del Código del Trabajo.

Por otra parte, la recurrente no ha precisado su afirmación en cuanto a que el “conocimiento jurisdiccional (de los hechos denunciados por el demandante) corresponde al juzgado civil pertinente”.

En consecuencia, las reflexiones precedentes conducen a sostener que se cumple el primer requisito previsto en la norma, cual es que exista un vacío legal en el estatuto especial, respecto de una materia o aspecto que sí se encuentra regulado en el Código del Trabajo, como es el procedimiento de Tutela Laboral a través del cual se busca proteger al trabajador, por la vía jurisdiccional, en el goce o disfrute de sus derechos fundamentales en el ámbito del trabajo.

13°) Que, tocante al segundo requisito previsto en el inciso tercero del artículo 1° del Código del Trabajo, que exige que las normas que habrían de aplicarse en forma supletoria no sean contrarias a las disposiciones del estatuto especial, es menester señalar que tampoco se encuentra en el Estatuto Administrativo algún capítulo o norma que pugne con la protección de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos y, es que no se advierte cómo normas protectoras de dichos derechos podrían ser incompatibles con lo dispuesto en el estatuto especial que rige a aquellos funcionarios, toda vez que es dable asumir que el Estado, en cuanto empleador, ha de cumplir con el deber de asegurar el pleno respeto de los derechos fundamentales de que también son titulares los funcionarios que trabajan en la Administración del Estado.

Se equivoca, pues, la demandada, al pretender contraponer lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 18.575, que establece que el

personal del Estado se registrá por las normas estatutarias en cuanto al ingreso, deberes, derechos, responsabilidad administrativa y cesación de funciones, con el procedimiento de tutela laboral, toda vez que este último tiene por objeto la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral y, en ningún caso, modificar u obviar el estatuto laboral que rige a los funcionarios públicos, respecto de quienes lo que se pretende es aplicar -cualesquiera sean las características del régimen de trabajo- un mismo estándar en cuanto al respeto de los derechos fundamentales por parte del empleador.

En consecuencia, satisfechos los requisitos establecidos en el inciso tercero del artículo 1° del Código del Trabajo, no resulta existir inconveniente para la aplicación supletoria de las normas que se consagran en el párrafo 6° del Título I del Libro V del referido cuerpo legal, respecto de la tutela de derechos fundamentales, a los funcionarios que se encuentran sujetos al Estatuto Administrativo.

14°) Que, la conclusión anterior guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 485 del Código del Trabajo, que establece que el procedimiento de Tutela Laboral “se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores”. En efecto, el lenguaje utilizado en el inciso tercero del artículo 1° del cuerpo legal citado, no deja lugar a dudas en cuanto a que los funcionarios públicos son considerados también trabajadores, toda vez que luego de enunciarse, en el inciso segundo, los órganos a los cuales no se les aplicarán las normas del Código del Trabajo –entre los que se menciona a los funcionarios de la Administración del Estado, del Congreso Nacional, del Poder Judicial y de las empresas del Estado– se indica en el inciso tercero, “Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código”, sin hacer distinción de ninguna especie en cuanto al tipo de entidad a que se refiere el inciso segundo.

Lo anterior está en concordancia, además, con la forma en que es concebida la excepción a la regla del inciso primero del artículo 1° del cuerpo legal citado. La regla del inciso primero es una de carácter general, por la que se sujeta las relaciones laborales entre empleadores

y trabajadores a las normas del Código del Trabajo y la excepción contenida en el inciso segundo, se refiere a una situación particular, que excluye a determinados trabajadores de la norma general.

Así, el inciso segundo establece que “estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado”, lo que quiere decir que, no obstante ser éstos trabajadores quedarán sometidos en sus relaciones con el Estado, a la ley especial que los regule. La expresión sin embargo, utilizada en este contexto, es ilustrativa y permite reforzar lo que se viene diciendo, ya que implica que aun cuando la hipótesis es la reseñada en el inciso primero -es una relación laboral entre empleador y trabajador- se establecerá respecto de ella una solución distinta. Entenderlo de otra manera, haría inútil la expresión en comento.

15º) Que las reflexiones precedentes permiten descartar la interpretación que del artículo 3º letra a) del Código del Trabajo hace el recurrente, así como la mención al artículo 4º del mismo cuerpo legal. En efecto, una vez entendido que la relación entre el funcionario público y el Estado es una relación laboral, aunque sujeta a un estatuto especial, no resulta procedente privar a los primeros de un procedimiento que está llamado a determinar el cumplimiento o la vigencia de derechos fundamentales en la relación de trabajo, por el sólo hecho de que las referidas normas asocien el término empleador a un contrato de trabajo -y no a un decreto de nombramiento- o se refieran al empleador como a un gerente o administrador, olvidando que el Estado, en su relación con los funcionarios que se desempeñan en los órganos de la Administración, ejerce funciones habituales de dirección -términos que utiliza el artículo 4º **citado**- **como lo hace todo empleador**, lo que no es incompatible con el hecho de que se trate de órganos destinados a desempeñar una función pública.

Desde esta perspectiva, entonces, tampoco existe impedimento para aplicar las normas de Tutela a los funcionarios de la Administración del Estado, en la medida que su ámbito de aplicación abarca o comprende a todos los trabajadores sin distinción, calidad que -como se dijo- también poseen los referidos funcionarios.

16º) Que, así las cosas, debe concluirse que el Juzgado de Letras del Trabajo es competente para conocer de la demanda de autos, toda vez que el artículo 420, letra a) del Código del Trabajo, lo habilita para conocer las “cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores, por aplicación de las normas laborales” y la acción de tutela laboral, ejercitada por un funcionario público que denuncia una conducta de su empleador que, a su juicio, afecta sus derechos fundamentales es, precisamente y a la luz de lo preceptuado en el artículo 485 del Código del Trabajo, una de aquellas “cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales”, que la referida judicatura está llamada a resolver, conforme a la interpretación de la normativa laboral que aquí se ha venido desarrollando.

No es baladí para la interpretación que se efectúa, el especial significado que reviste la consagración de un instrumento de defensa de derechos fundamentales al interior de la relación laboral, que el trabajador aprecie le son desconocidos o lesionados por el empleador en el ejercicio de sus facultades, derechos de aquellos consagrados en el artículo 19 de la Carta Fundamental, en los capítulos que especifica el inciso primero y segundo del artículo 485 del Código del Trabajo. Se trata en definitiva, como señalaba el mensaje presidencial antes citado, “del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas”, para lo cual ha de tenerse presente que “su vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino también y ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos”.

Así las cosas, atendida la entidad y naturaleza de los derechos que por esta vía se pretende proteger, los que según también se dijo, **deben considerarse** “inviolables en cualquier circunstancia”, no existe una razón jurídica valedera para excluir de su aplicación a toda una categoría de trabajadores, como son los funcionarios públicos, particularmente si se toma en consideración que los elementos de subordinación y dependencia propios de la relación laboral, se dan fuertemente en el contexto de las relaciones del Estado con sus trabajadores, siendo éste un espacio en el cual la vigencia real de los derechos fundamentales puede verse afectada a consecuencia del ejercicio de las potestades del Estado empleador.

Es menester destacar que el Estatuto Administrativo ha sido modificado por leyes recientes para consagrar la vigencia del derecho del funcionario a no ser discriminado por el empleador -artículo 17 inciso 2º- y ha reconocido su dignidad como persona humana, prohibiendo todo acto entre los mismos compañeros de labores en que ésta se vea afectada. Ello confirma que la Administración del Estado no es ajena al compromiso de velar porque los derechos fundamentales de los funcionarios sean respetados y conduce a promover una interpretación que permita integrar las normas del Código del Trabajo que estén orientadas a hacer posible, en los hechos, el ejercicio de tales derechos.

17º) Que, lo antes reflexionado permite sostener que el fallo impugnado, al hacer una interpretación restrictiva de los artículos 1º, 420 y 485 del Código del Trabajo, en relación a las normas del Estatuto Administrativo examinadas, en virtud de la cual establece que a los funcionarios públicos no les resulta aplicable el procedimiento de tutela laboral contemplado en el Código del Trabajo y, en consecuencia, que los Juzgados Laborales son incompetentes para conocer de las acciones que ellos deduzcan para denunciar la vulneración de sus derechos fundamentales en el ámbito de trabajo, se aparta de la interpretación que esta Corte estima correcta y, en consecuencia, se debe proceder a unificar la jurisprudencia en el sentido anotado en los motivos anteriores.

18º) Que, atendido que las restantes causales de nulidad invocadas de manera subsidiaria –reseñadas en los motivos 4º, 5º y 6º de la presente sentencia– están concernidas a aspectos o materias ajenas al recurso de unificación de jurisprudencia intentado por la parte demandante, y respecto de las cuales, además, la Corte de Apelaciones de Santiago no emitió pronunciamiento, corresponde que estos autos se remitan a dicho tribunal para la decisión pertinente.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo preceptuado en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, se rechaza el recurso de nulidad deducido por el Consejo de Defensa del Estado, en representación de la demandada, Central Nacional de Abastecimiento, en contra de la sentencia dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, con fecha veinticuatro de junio de

dos mil trece, bajo el RIT T-118-2013, RUC1340008096, sólo en lo que dice relación con la causal principal de falta de jurisdicción y las dos subsidiarias invocadas a continuación, relativas a la incompetencia del tribunal y a la falta de legitimación pasiva, respectivamente.

Teniendo en consideración lo antes resuelto, vuelvan los autos a la Corte de Apelaciones de Santiago, con el objeto que se pronuncie sobre las restantes causales de nulidad invocadas de manera subsidiaria.

Acordada la sentencia en contra del voto del Abogado Integrante señor Guillermo Piedrabuena Richard, en virtud de los fundamentos expuestos en el voto de minoría del fallo que acogió el presente recurso de unificación de jurisprudencia.

Redactó la ministra señora Andrea Muñoz, y el voto disidente su autor.

Regístrese y devuélvase.

N°10.972-2013.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., señor Carlos Aránguiz Z., señora Andrea Muñoz S., y el Abogado Integrante señor Guillermo Piedrabuena R. No firma el Ministro señor Aránguiz, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con permiso. Santiago, treinta de abril de dos mil catorce.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a treinta de abril de dos mil catorce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

JURISPRUDENCIA

DERECHO MEDIOAMBIENTAL

Corte Suprema

**Estado-Fisco de Chile con Minimal Enterprises
Company y Elmira Shipping and Trading**

2 de junio de 2014

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de casación en el fondo.*

DOCTRINA: *La Corte Suprema rechaza el recursos de casación en el fondo interpuesto por las demandadas en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que confirmó la sentencia que acogió la demanda de indemnización de perjuicios, interpuesta por el Fisco, por el daño ecológico causado por el derrame de hidrocarburos de la motonave Liquid Challenge en la bahía de Mejillones, y reservó la prueba del monto de los perjuicios para la etapa de cumplimiento. La sentencia aplicó la presunción establecida en el artículo 144 N° 5 de la Ley de Navegación que señala: “Se presume que el derrame o vertimiento de sustancias contaminantes del medio ambiente marino produce daño ecológico” y estimó que el fallo recurrido, al acceder a la demanda, no infringió las normas del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Contaminación por Hidrocarburos de 1969, modificado por Protocolo de 1992, del que Chile es parte, que contempla la indemnización por las pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos provenientes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas.*

Santiago, dos de junio de dos mil catorce.

Vistos:

En estos autos rol N° 7-2009 seguidos ante un Ministro de Fuero de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, por sentencia de tres de diciembre de dos mil doce, escrita a fojas 631, se acogió, con costas, la demanda presentada por el Estado de Chile en contra de la Empresa Minimal Enterprises Company en su calidad de armadora y propietaria de la motonave Liquid Challenge y de Elmira Shipping & Trading, como operadora de la misma, quienes deberán pagar solidariamente los perjuicios causados por la contaminación y daño producido por el derrame de hidrocarburo ocurrido el día veinte de septiembre de dos mil nueve en la Bahía de Mejillones, cuyo monto se determinará en la etapa correspondiente.

En contra de dicha sentencia las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso por sentencia de treinta de agosto de dos mil trece, escrita a fojas 716, revocó el fallo de primer grado en cuanto por ella se condenó en costas a las demandadas y en su lugar las eximió de dicha carga por haber tenido motivo plausible para litigar, confirmándose en lo demás la referida sentencia.

En contra de esta decisión las demandadas presentaron recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, en primer lugar, el recurso de nulidad sustancial denuncia la infracción del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, en un doble aspecto. En primer término, porque el fallo cuestionado reservó la discusión de la cuantía de los perjuicios por responsabilidad extracontractual para la etapa de ejecución, en circunstancias que la

reserva sólo procede cuando tiene por fundamento la responsabilidad contractual. En segundo término, por cuanto el actor no acreditó la existencia del daño demandado, esto es, el emergente y el ecológico.

Enseguida, el recurso acusa la vulneración del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de Aguas de Mar por Hidrocarburos, de 1969, modificado por el Protocolo de 1992, dado que el fallo objeto del recurso no aplicó el concepto de daño por contaminación, del que surge que cabe considerar exclusivamente como daños al medio ambiente indemnizables la pérdida de beneficios resultantes del siniestro, que es igual, al lucro cesante, y el costo de las medidas razonables de restauración adoptadas.

Asimismo, apunta que el fallo yerra al aplicar el concepto de daño ambiental previsto en el artículo 2° letra c) de la Ley N° 19.300, toda vez que esa legislación no es atinente al caso, ni siquiera en forma supletoria.

A continuación, los demandados reclaman que se conculcó el artículo 144 N° 5 de la Ley de Navegación, en un doble aspecto. Primero, por cuanto la presunción sólo se aplica a la responsabilidad contravencional, según lo demuestra la Historia de la ley. Segundo, porque la presunción no es suficiente, por sí sola, para dar por probado el daño ecológico, menos su extensión y cuantía, pues quien demanda debe probar estas circunstancias.

Por último, da por vulneradas diversas disposiciones del Código Civil que exigen la concurrencia del daño como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual, esto es, los artículos 1698, 1437, 2314 a 2319 y 2323 a 2333.

Segundo: Que corresponde consignar que la demanda de autos fue interpuesta por el Estado-Fisco de Chile contra Minimal Enterprises Company, armadora y propietaria de la motonave “Liquid Challenge” y de la Empresa Elmira Shipping & Trading, operadora de la misma, en virtud de la Ley de Navegación, para que se les condene solidariamente como autoras del daño ecológico o al medio ambiente causado por el

derrame de hidrocarburo desde la mencionada motonave, cuyo monto se reserva para la fase de cumplimiento incidental. Expresa que el día 20 de septiembre de 2009 la referida motonave realizaba una descarga de ácido sulfúrico en el Sitio N° 2 del Puerto de Mejillones cuando se produjo un vertimiento de hidrocarburo IFO 380, tóxico para el medio ambiente en una cantidad aproximada de 2500 litros, el cual causó y seguirá causando daños ambientales o ecológicos, afectándose la flora y fauna costera, la calidad de las aguas del mar y el borde costero, además de haberse incurrido en gastos para minimizar los daños al ecosistema marino y costero derivados de actividades de fiscalización, supervigilancia, estudio del daño, actividades de mitigación y acciones de control y limpieza.

Tercero: Que la sentencia de primera instancia, confirmada por la de segundo grado, estableció los siguientes hechos:

1.- El origen del derrame de petróleo que se produjo el día 20 de septiembre de 2009 en las inmediaciones del Sitio N° 2 del Terminal Marítimo del Puerto de Mejillones, fue de responsabilidad de la motonave Liquid Challenge (considerando décimo cuarto).

2.- El derrame de petróleo, dada su naturaleza y característica, ocasiona daños a las aguas sometidas a la jurisdicción nacional (considerando décimo quinto).

3.- Es un derrame en una cantidad aproximada de tres metros cúbicos y que se esparció desde el barco al mar, afectando la fauna y flora, como también a partes de la orilla del mar (considerando décimo sexto).

4.- Una cantidad importante de metros cúbicos de petróleo derramado se mantuvo en barrera de contención y los otros contaminaron el medio ambiente, marítimo o terrestre (considerando décimo octavo).

Cuarto: Que, en cuanto a las consideraciones jurídicas, el tribunal sentenciador señaló que el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de Aguas de Mar por Hidrocarburos, establece en su artículo 6° que daños ocasionados por contaminación son: “a) pérdidas o daños causados fuera del buque por

la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, donde quiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultantes de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse”. Esto significa que se identifica como daños ocasionados por contaminación no sólo el lucro cesante, sino también el daño emergente entendido como todos aquellos costos necesarios en que se incurra al adoptar las medidas razonables de restauración, sea que se tomen en el momento o en el futuro. Manifiesta que se trata de una justa norma tendiente a hacer responsable civilmente a quien ha ocasionado los daños para obtener su supresión, dejando todo en las mismas condiciones antes de producirse el daño.

Luego asevera que la Ley N° 19.300 define en el artículo 2 c) la contaminación y que el Reglamento para el Control de la Contaminación Acuática, Decreto N° 1 del Ministerio de Defensa Nacional publicado el 11 de noviembre de 1992 establece en su artículo 4° f): “Contaminación de las aguas: La introducción en las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, por el hombre, directa o indirectamente, de materia, energía o sustancias de cualquier especie, que produzcan o puedan producir efectos nocivos o peligrosos, tales como la destrucción o daños a los recursos vivos, al litoral de la República, a la vida marina, a los recursos hidrobiológicos; peligro para la salud humana; obstaculización de las actividades acuáticas, incluidas la pesca y otros usos legítimos de las aguas; deterioro de la calidad del agua para su utilización, y menoscabo de los lugares de esparcimiento y del medio ambiente marino”.

Manifiesta que para cumplir integralmente el objetivo de hacer desaparecer una contaminación menor, según definición dada en esta causa, como fue el vertimiento establecido, se requiere más que un monitoreo, esto es, un estudio multidisciplinario proveniente de instituciones imparciales alejadas de intereses comerciales o industriales que establezcan, aunque sea en términos generales, que ese vertimiento ha dejado de producir daños en el ecosistema de la bahía. Ello es necesario para que se verifique el costo de las medidas razonables de restauración que deban adoptarse.

Por último, esgrimió que cobra pleno valor la presunción simplemente legal contemplada en el artículo 144 N° 5 de la Ley de Navegación en cuanto un derrame o vertimiento de sustancias contaminantes del medio ambiente marino produce daño.

Quinto: Que el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso estableció la existencia del derrame de hidrocarburo, que trajo como consecuencia un daño ambiental indemnizable, el cual puede proyectarse en el tiempo y, por tanto, justifica medidas de restauración.

En cuanto a la reserva establecida en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, estima que puede invocarse en sede extracontractual, una vez que se pruebe la existencia del daño.

En cuanto a la existencia del daño demandado, aduce que se desprende de los antecedentes de prueba y de la presunción legal contemplada en el artículo 144 N° 5 de la Ley de Navegación.

Finalmente, señaló que las demandadas tuvieron motivo plausible para litigar, atendido que han efectuado una completa limpieza de los daños asumiendo la totalidad de los costos y gastos en que se ha incurrido y haber costado dos campañas de monitoreo medioambiental.

Sexto: Que en cuanto a la denuncia de infracción del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, es necesario determinar si la aplicación del mismo es posible o no en un juicio de la naturaleza del de autos.

Dicha disposición estatuye: “Cuando una de las partes haya de ser condenada a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios, y se ha litigado sobre su especie y monto, la sentencia determinará la cantidad líquida que por esta causa deba abonarse, o declarará sin lugar el pago, si no resultan probados la especie y el monto de lo que se cobra, o, por lo menos, las bases que deban servir para su liquidación al ejecutarse la sentencia.

En el caso de que no se haya litigado sobre la especie y el monto de los frutos o perjuicios, el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso”.

Séptimo: Que cabe consignar previamente que, conforme a las circunstancias fácticas asentadas por los magistrados del mérito y lo expresado en estrados por el abogado del Consejo de Defensa del Estado, actualmente, la pretensión del Estado de Chile se circunscribe sólo a la reparación del daño ecológico y no al daño emergente.

Octavo: Que, ahora bien, más allá de lo que ha expresado anteriormente esta Corte respecto a la aplicación e interpretación del artículo 173 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil en juicios por responsabilidad extracontractual, es preciso tener presente que dada la naturaleza del daño cuya condena se persigue en estos autos, la conclusión debe ser formulada o adecuada jurídicamente a tal consideración.

En efecto, en estos autos el Estado de Chile persigue se declare la responsabilidad extracontractual de las demandadas con el objeto de lograr la reparación del daño ecológico causado por un derrame de hidrocarburos en aguas marítimas.

Noveno: Que lo expresado obliga a traer a colación algunas consideraciones doctrinarias en relación al concepto de daño ecológico o ambiental y que lo diferencian de la noción clásica o tradicional del daño civil, al cual se le aplica lisa y llanamente el estatuto del Derecho Privado. En síntesis, los autores han manifestado que el daño ambiental puede presentar todas o alguna de las siguientes características: a) Su producción puede afectar a un número indeterminado de víctimas; b) Los efectos que ocasiona son permanentes o dilatados en el tiempo; c) Una vez tomadas las medidas de reparación, hay falta de certeza acerca de la recuperación total e íntegra del medio ambiente afectado; y d) Su manifestación externa puede ser posterior al de su ocurrencia. Resulta esclarecedor citar el siguiente párrafo: “También se ha dicho que los daños ambientales son diferentes a los restantes perjuicios, “no es un daño común”, si puede usarse esta expresión para aludir a un perjuicio cuya

realidad es fácilmente comprobable; por el contrario: a) son, en muchas ocasiones, despersonalizados o anónimos, con graves dificultades para la determinación del agente; b) suelen alcanzar y provocar un número elevado de víctimas, un barrio, una región, el país; c) pueden ser el resultado de actividades especializadas que utilizan técnicas específicas, desconocidas para las víctimas, y d) también ser un daño cierto y grave para el ambiente, el agua subterránea o un lago, pero respecto de las personas que lo invocan sin relevancia, o no tenerla en la actualidad”. (“Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal”. Isidoro H. Goldeberg-Néstor Cafferatta. Abeledo Perrot Buenos Aires, edición año 2001, páginas 11 y 12).

Décimo: Que, por otra parte, en la búsqueda de los criterios que determinen una aplicación ajustada a derecho del artículo 173 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil al caso concreto, es necesario tener presente que en materia de resolución judicial de los conflictos jurídicos medioambientales opera el principio de la precaución, esto es, que quienes deben tomar decisiones legislativas, administrativas o jurisdiccionales deben adoptar medidas transitorias que posibiliten preservar el ambiente mientras no avance el conocimiento científico y técnico, y disminuya o desaparezca la incertidumbre acerca del efecto producido por dicha acción en la calidad ambiental, todo ello para dar una adecuada protección a los afectados, en la especie, al Estado de Chile.

Undécimo: Que, en virtud de los razonamientos expresados, sólo corresponde concluir que era posible otorgar al actor la reserva para discutir el monto de los perjuicios en la etapa de ejecución, una vez probada la existencia del perjuicio ecológico, todo ello en razón de las características y naturaleza del daño reclamado y el principio interpretativo de protección al medio ambiente que impera en el asunto, motivo por el cual se desestimaré la alegación de los recurrentes.

Duodécimo: Que, según se dijo, en concepto de los impugnantes, hay un segundo aspecto en que el citado artículo 173 habría sido vulnerado, atendido que se otorgó la reserva que ahí se contempla sin que se encuentre probado el daño, en lo que interesa, el ecológico. Cabe recapitular que el tribunal estableció como hechos de la causa que

el derrame de petróleo en cuestión se esparció desde el barco al mar, afectando la fauna y flora, como también a partes de la orilla del mar y que se contaminó el medio ambiente, marítimo o terrestre. El juez de la causa para arribar a tal conclusión fáctica se fundó tanto en la presunción simplemente legal contemplada en el artículo 144 N° 5 de la Ley de Navegación –norma que los recurrentes también estiman infringida– como en los antecedentes probatorios allegados al proceso.

Décimo tercero: Que la recién citada disposición, que se encuentra ubicada en el Título IX del Párrafo 2° denominado “De la Responsabilidad Civil por los Daños Derivados de los Derrames de Hidrocarburos y otras Sustancias Nocivas”, dispone, en lo pertinente: “El mismo régimen de responsabilidad civil establecido en el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, del 29 de Noviembre de 1969, aprobado por el decreto ley N° 1.808, de 1977, y promulgado por D.S. N° 475, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 12 de Agosto de 1977, y sin perjuicio del campo de aplicación de este Convenio, regirá para la indemnización de los perjuicios que ocasione el derrame de cualquier clase de materias o desechos, que ocurra dentro de las aguas sometidas a la jurisdicción nacional, sea cual fuere la actividad que estuviere realizando la nave o artefacto naval que lo produjo; con las siguientes normas complementarias: 4) Se presume que el derrame o vertimiento de sustancias contaminantes del medio ambiente marino produce daño ecológico”.

En razón de la ubicación del precepto y de su claro tenor literal, se colige que la presunción mencionada es aplicable en materia de responsabilidad indemnizatoria y que no es propia de la infraccional o sancionatoria, no siendo suficiente el antecedente histórico de que el recurso da cuenta para sustentar su particular interpretación, el cual, por lo demás, no tiene ningún otro elemento de respaldo.

Décimo cuarto: Que, en consecuencia, queda fuera de discusión que existió una pérdida, disminución o detrimento para el medio ambiente marino, situación fáctica que no es posible modificar por este tribunal de casación, no siendo relevante, en este juicio, como parecen exigirlos

los recurrentes, conocer ahora el cálculo exacto del volumen de aguas contaminadas o de la flora y fauna marina afectada por el derrame de petróleo. En efecto, el daño deberá ser cuantificado económicamente en la etapa de ejecución del fallo, por haberse otorgado válidamente al actor la reserva para discutir esa cuestión posteriormente.

Décimo quinto: Que, por consiguiente, los jueces de la instancia han dado correcta y exacta aplicación a la presunción legal del daño ecológico contemplada en el artículo 144 N° 4 de la Ley de Navegación, en cuanto establecido que ocurrió un derrame o vertimiento de sustancias contaminantes del medio ambiente marino se presume por el legislador la existencia del daño ecológico.

Décimo sexto: Que, en cuanto a la infracción denunciada del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de Aguas de Mar por Hidrocarburos, de 1969, modificado por el Protocolo de 1992, es pertinente señalar que “Daños ocasionados por contaminación”, incluye: a) Pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultantes de dicho deterioro estará limitado al costo de las medidas de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse; b) El costo de las medidas preventivas y las pérdidas o daños ulteriormente ocasionados por tales medidas. A su vez, las medidas preventivas son: “Todas las medidas razonables tomadas por cualquier persona después de ocurrir un siniestro con objeto de prevenir o minimizar los daños por contaminación”.

En relación al concepto entregado por el Convenio, al que se remite expresamente el artículo 144 de la Ley de Navegación, resulta apropiado citar el siguiente párrafo: “asimismo, el daño ocasionado por el vertimiento de sustancias contaminantes puede ser variado. Desde la destrucción de redes, aparejos de pesca, contaminación de embarcaciones y equipos, que podríamos llamar “daño privado”, toda vez que afecta a un patrimonio específico y confiere acción civil al titular de dicho patrimonio para obtener la reparación del mismo hasta la destrucción

de la flora, fauna y paisaje costero en general, el que podríamos llamar “daño ecológico o ambiental”, que si bien puede afectar a unos más que a otros, en definitiva es el patrimonio público el que resulta dañado” (“Responsabilidad civil por daños en contaminación de hidrocarburos y otras sustancias nocivas”; Paola Castiglione González; Lexis Nexis. Editorial Jurídica ConoSur Ltda; Fundación Fernando Fueyo. edición 2001, página 54).

De lo recién expresado surge que, a diferencia de lo sostenido por los recurrentes, el tribunal sentenciador dio aplicación al concepto normativo de daño por contaminación, circunscribiéndolo al costo de las medidas razonables –tomadas después del siniestro– con el objeto de restaurar el medio ambiente marino. En otras palabras, el fallo no amplía ni modifica la definición y, ciertamente, no ha incorporado –ni fáctica ni jurídicamente– como indemnización la proveniente del menoscabo del atractivo natural o bien otras pérdidas no comprendidas en la norma del texto del Convenio.

Décimo séptimo: Que en razón de que el tribunal de la causa dio aplicación al concepto de daño por contaminación que contempla el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de Aguas de Mar por Hidrocarburos, de 1969, modificado por el Protocolo de 1992, la referencia que efectúa el fallo al concepto de daño ambiental previsto en el artículo 2º letra c) de la Ley Nº 19.300, no aplicable al caso concreto, constituye un error que no tiene la aptitud de influir sustancialmente en los dispositivo del fallo.

Décimo octavo: Que, finalmente, la denuncia de transgresión de diversas disposiciones del Código Civil, que apuntan a sostener al daño como una condición y presupuesto de la responsabilidad, no tiene sustento, por cuanto de acuerdo a lo antes desarrollado la sentencia acogió la demanda dando por correctamente establecida la existencia del daño ecológico, de manera que no se ha desconocido la estructura de la responsabilidad que considera el perjuicio como elemento de ésta.

Décimo noveno: Que en virtud de lo expuesto, razonado y concluido, el recurso de nulidad de fondo no puede prosperar y debe ser desestimado.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo interpuesto por las demandadas en su presentación de fojas 722 en contra de la sentencia de treinta de agosto de dos mil trece, escrita a fojas 716.

Regístrese y devuélvase, con agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Lagos.

Rol N° 14.209-2013.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Rubén Ballesteros C., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante señor Lagos por estar ausente. Santiago, 02 de junio de 2014.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a dos de junio de dos mil catorce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Arturo Felipe Onfray Vivanco¹

MILLAS JIMÉNEZ, JORGE. Filosofía del Derecho. Comentarios, notas y edición de Juan O. Cofré. Ediciones Universidad Diego Portales, Colección Pensamiento Contemporáneo, Santiago, 2012, 414 páginas.

Jorge Millas probablemente es una de las mentes más preclaras que haya dado a luz nuestro país. A casi tres años del centenario de su nacimiento la influencia del filósofo, jurista y poeta sigue plenamente vigente así como el noble recuerdo de su labor universitaria de varias décadas. Primero, en la Universidad de Chile, en la Facultad de Filosofía y Educación, y luego en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la misma casa de estudios, para concluir como decano de la Facultad de Filosofía de la Universidad Austral de Chile, posición que ocupó en la última etapa de su vida, desde 1975 a 1981, una época marcada por quiebres y llamamientos urgentes; tiempos de tristezas, abandonos y retiros mas no por eso de sueños dormidos en zonas “*aledañas del sacrificio*”, como lo destacó Raúl Rettig en la ceremonia de su despedida, en un ya lejano noviembre de 1982.

En los albores de la década en curso, consciente de la importancia intelectual de Jorge Millas la prestigiosa casa editorial de la Universidad Diego Portales, la cual ha dado a la luz notabilísimas publicaciones, decidió presentar una primera obra compilatoria titulada “*El valor de*

¹ **ARTURO FELIPE ONFRAY VIVANCO.** Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Licenciado en Derecho y Educación, Magíster en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM) y Doctor en Derecho (PhD) de la Universidad Católica de Lovaina. Miembro de los Institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

pensar”, en la cual se reunieron los principales ensayos del maestro desde el año 1973 hasta su muerte, ocurrida en 1982.

Posteriormente, la Universidad Diego Portales ha presentado un segundo volumen, titulado “*Filosofía del Derecho*”, en el cual se recogen las principales reflexiones del autor expresadas en la cátedra que lealmente ejerció en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile. Ellas, al materializarse en un libro, ceden paso al riesgo no tanto del olvido, ajeno a un intelectual como Millas, pero sí al de la no distribución en red de su pensamiento, ejercicio que la sociedad chilena demandaba.

Si solo se hubiese oído la excesivamente exigente voz de Jorge Millas –la cual manifestaba: “*es una obra muy imperfecta que debo revisar y reescribir por completo*”– probablemente el trabajo en revisión descansaría silencioso en un anaquel ajeno. Afortunadamente, cual Max Brod, Juan Omar Cofré, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Austral de Chile, y la Universidad Diego Portales permitieron otra cosa, logrando una publicación que desvirtuó el mal presagio del autor, dada la gran calidad del trabajo que recibimos no menos que el de la edición que le sirve de continente.

El texto es precedido de un estudio preliminar conducido por Cofré, el cual, junto con describir las posiciones de Millas, pone en distancia crítica algunos puntos que generan debate, como son el carácter demostrativo del Derecho en oposición al explicativo; o la distinción entre “*las normas jurídicas consideradas individualmente y el derecho tomado como un todo, formulada por el autor para hacer espacio dentro de la teoría normativista para elementos extranormativos tales como la eficacia o la corrección axiológica*”, como destaca Fernando Muñoz León.

El cuerpo central considera, asimismo, un conjunto de notas así como un valioso trabajo de edición de Cofré.

Una advertencia parece necesaria. La filosofía del Derecho de Jorge Millas testimonia una distancia con los modernos filósofos del Derecho,

a partir de Hart y su celebérrima *The Concept of Law*, los cuales han venido a construir un marco completamente nuevo para los estudios del Derecho en los tiempos que corren. Sin embargo, a pesar de ello, visitar a Millas sigue siendo un ejercicio plenamente vigente ya que hacerlo es también a los prolegómenos del pensamiento jurídico occidental, con el punto de partida en el idealismo kantiano y en la fenomenología de Husserl, y más directamente, en lo que al Derecho se refiere, Hans Kelsen y su Teoría Pura del Derecho.

En la primera parte se revisan los fundamentos de la Filosofía del Derecho, a cuyos efectos se consideran la misión de dichos estudios; la filosofía y la actitud filosófica; y la Ciencia del Derecho y la Filosofía del Derecho.

En la segunda parte del libro se repasan los problemas esenciales del Derecho, a saber el Derecho y la conducta; la teoría de la norma jurídica: el deber ser jurídico; la teoría de la norma jurídica: la estructura lógica de la proposición jurídica; el orden normativo; el problema de la obligatoriedad del derecho; la teoría de los valores; y los valores y la seguridad jurídica.

En los análisis de Millas aparecen, entonces, preguntas esenciales como son la misión de la Filosofía del Derecho, el carácter científico de la misma, la relación entre el Derecho y la conducta y el carácter del Derecho y su eficacia prescriptiva.

De particular importancia, entre tales derroteros, son sus reflexiones sobre los valores y la seguridad jurídica, ámbito en el cual el autor toma distancia de su mentor Kelsen obliterando la neutralidad de la norma jurídica, la cual refleja y está al servicio de determinados valores en particular el de la seguridad jurídica, lo cual hace de la norma un elemento instrumental para el logro de dicho propósito y, por ello, demanda una preocupación por el contexto de aplicación, junto con la coherencia interna de la norma y de su plenitud, todo lo cual no importa, sin embargo, desconocer el principio de la estricta independencia entre la norma jurídica y la norma moral.

Ciertamente, no aspiro en estas breves líneas a delinear la Filosofía del Derecho de Jorge Millas, ejercicio intelectual que excede mis limitadas capacidades. Empero, sí debo subrayar el valor de la aventura intelectual que el libro testimonia en pos del rescate del pensamiento coherente y profundo, que, por lo demás, tuvo su correlato en la praxis cotidiana del quiebre, de un hombre cuyas virtudes humanas e intelectuales lo ubican entre los grandes intelectuales del Chile del Siglo XX. El resultado: una obra necesaria en respuesta a un desafío pendiente. Un texto que no debe ser ignorado por los noveles profesionales del Derecho.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

La Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado publica artículos originales sobre materias jurídicas.

Se considera un artículo original aquel que no ha sido publicado en una revista o monografía con anterioridad y la primera traducción realizada al español de un texto publicado en una lengua extranjera.

Los artículos deben ser enviados, en cualquiera época del año, en lengua castellana, en papel y en soporte electrónico, escritos en Microsoft Word para Windows o en formato compatible, interlineado simple, letra times new roman, tamaño 12, al Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado con domicilio en Agustinas N° 1687, Santiago, Chile. El manuscrito como archivo adjunto debe remitirse al correo electrónico RevistadeDerechoCDE@cde.cl

La extensión máxima de los artículos es de 30 páginas tamaño oficio (incluidas las citas a pie de página y las listas de referencias bibliográficas) formato times new roman, 12, interlineado simple. En el caso de los comentarios de jurisprudencia y recensiones bibliográficas la extensión máxima no deberá ser superior a 10 páginas.

Se debe incluir el título del artículo, junto con un resumen de un máximo de 300 palabras y las palabras clave que considera su trabajo, ambos en español e inglés.

Se debe incluir el nombre completo del autor más sus grados académicos y cargo o trabajo que desempeña, así como la dirección de la universidad, centro de investigación o institución a la cual está incorporado y su correo electrónico.

El envío de un original supone el compromiso del autor de no someterlo a consideración simultáneamente a otras publicaciones periódicas de carácter jurídico; así como supone la cesión a título gratuito por parte del autor a la Revista de los derechos de reproducción una vez admitido, tanto en la Revista propiamente tal como en el sitio web institucional (www.cde.cl).

Los autores recibirán cinco ejemplares de la Revista.

El editor de la Revista decidirá la publicación de los artículos requiriendo la aprobación del Comité Editorial, sin perjuicio de la posibilidad de pedir informes adicionales a especialistas en el tema del trabajo.

Al Consejo de Defensa del Estado corresponde la corrección de las pruebas de imprenta, proceso que es autorizado por los autores, y que supone, eventualmente, modificaciones formales menores en el contenido del artículo.

En cuanto a las referencias bibliográficas, la Revista del Consejo de Defensa del Estado se rige por las siguientes normas:

Las citas a pie de página de manuales y monografías se hará del modo siguiente: Apellido del autor en mayúsculas y, seguido de una coma, el nombre del autor (si los autores son más de tres se autoriza el uso de la expresión et al), y a continuación de una coma, el título de la obra en cursivas, a lo cual siguen, separados por comas, el lugar, la editorial, la fecha de edición y la página respectiva (p., pp., o págs., según el caso). Si la obra consta de más de un volumen, se indicará en numeración arábiga o romana, según corresponda, el tomo y el volumen, después de la fecha de edición.

Ejemplos:

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*,

Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, p. 224.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, pp. 224-225.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, págs. 224 y 226.

Las citas a pie de página de artículos publicados en revistas, misceláneas o escritos reunidos se efectuarán del modo siguiente: Apellido del autor en mayúsculas y, seguido de una coma, el nombre del autor, y a continuación de una coma, el título del estudio entre comillas, y luego después de un punto la expresión “En:”, el título de la revista o publicación en cursiva, con la indicación del volumen en numeración arábiga o romana, según corresponda, a lo cual siguen, separados por comas, el lugar, la editorial, la fecha de edición y la página respectiva (p., p-p p, o págs., según el caso).

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, 1989, p. 566.

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, 1989, pp. 562-568.

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, 1989, págs. 563 y 566.

En las citas a pie de página se utilizará el formato times new roman, tamaño 10 e interlineado simple.

Al final del texto deberá incluirse la bibliografía (libros, capítulos de libros, artículos, documentos electrónicos, normas y jurisprudencia)

En el caso de la bibliografía consistente en libros, capítulos de libro y artículos, debe utilizarse un sistema similar al de las notas al pie de página, excluyendo el número de páginas solamente en el caso de los libros:

Ejemplo (libro):

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II.

Ejemplo (capítulo de libro):

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, Capítulo III, pp. 293-470.

Ejemplo (artículo):

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989, pp. 562-568.

En el caso de documentos electrónicos, de utilizarse un sistema como el que sigue:

Pierry Arrau, Pedro, ¿Es objetiva la responsabilidad del Estado?, disponible en [http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/eea0f4804aec57cb-af78bff9e4d270c3/3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=eea0f4804aec-57cbaf78bff9e4d270c3&CACHEID=eea0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3](http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/eea0f4804aec57cb-af78bff9e4d270c3/3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=eea0f4804aec-57cbaf78bff9e4d270c3&CACHEID=eea0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3&CACHEID=eea0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3) (visitado el 5 de diciembre de 2008).

En el caso de las normas legales y de la jurisprudencia, debe utilizarse un sistema de citación como el que sigue:

Ejemplo (Ley):

Chile, Ley N° 20.330, fomenta que profesionales y técnicos jóvenes presten servicios en las comunas con menores niveles de desarrollo del país. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 25 de Febrero de 2009.

Ejemplo (Decreto Supremo):

Chile, Decreto N° 76 del Ministerio de Justicia, nombra abogados integrantes de la Corte Suprema. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 25 de febrero de 2009.

Ejemplo (Jurisprudencia)

Corte de Apelaciones de Santiago, *Bienes Raíces e Inversiones Chile S.A. con Alcalde de la Ilustre Municipalidad de la Reina*, de 4 de abril de 2001. En: Gaceta Jurídica (251), pp. 97-99.

