

N° 248
Año LXXXVIII
Julio-Diciembre 2020
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

Una fotografía de la Torre del Reloj de la Universidad de Concepción, un edificio alto y blanco con un reloj visible en su parte superior. El fondo es un color amarillo claro.

REVISTA
DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

EDITORIAL

En nuestra anterior edición de la Revista, comentamos cómo en el contexto de una grave crisis social -suspendida sólo por el anhelo de un cambio constitucional- Chile enfrentaba ahora una nueva crisis, esta vez de carácter mundial, que no ha hecho sino agudizar la primera, producto de un virus que desde el oriente ha paralizado a millones de actividades y personas en el mundo.

A la fecha, en estos últimos días del año 2020, la pandemia nos sigue acechando y hemos comprendido que seguramente también el año 2021 será uno largo y difícil. Sin embargo, vale la pena destacar algunos hechos e iniciativas que han florecido para atenuar en algo, la fatigosa y cruel realidad de ver un mundo semi-paralizado que se bate entre demasiadas incertezas.

A nivel mundial, la ciencia ha logrado avanzar en varias vacunas contra el virus, pero el punto relevante -desde lo jurídico- entre otras varias aristas, es el llamado que encabeza el Dr. Muhammad YUNUS, Premio Nobel de la paz, junto con más de 150 personalidades a nivel mundial, dirigido a gobiernos y líderes empresariales, para declarar a las vacunas como un “bien común”, en el consenso de que la única vía para erradicar definitivamente la pandemia es mediante vacunas que puedan ser administradas a toda la población del planeta, y que la efectividad de esta campaña dependerá de la universalidad del acceso a ellas.¹

De hecho, para muchos, el sistema económico que domina el mundo es incompatible con el bienestar y calidad de vida de los pueblos, a tal punto que el hecho de anteponer los intereses particulares por encima del bien común nos ha llevado justamente a toda clase de calamidades -desde el cambio climático hasta las pandemias- en las que la propia supervivencia del ser humano se está viendo seriamente amenazada. Lamentablemente, el proceso de distribución de vacunas está ya evidenciando cómo se anteponen los intereses de unas grandes empresas productoras (amparadas por el derecho de propiedad hasta por 20 años) por encima de los intereses de la humanidad en su conjunto, derecho (*copyright*) que se ha pretendido justificar por economistas neoliberales, como incentivo para desarrollar los productos, pues sería el momento de compensar todo lo antes invertido. Sin embargo, se argumenta que ese derecho no debiera ser garantizado, cuando la mayor parte del conocimiento utilizado se produce en centros de investigación financiados con fondos públicos.² De hecho, ninguna empresa farmacéutica ha apoyado la propuesta de la OMS (firmada por 40 países) de que las industrias farmacéuticas productoras de vacunas trasladen información tecnológica y científica que pueda permitir la producción de esas vacunas en los países en vías de desarrollo.

¹ Yunus Centre, “Declare Covid-19 Vaccine a Global Common Good Now”, <https://www.vaccinecommongood.org/>, consultada al 30 de diciembre de 2020.

² YUNUS, Muhammad; DONALDSON, Cam; PERRON, Jean-Luc, “COVID-19 Vaccines A Global Common Good”, *The Lancet Healthy Longevity*, Vol. 1, Nº1, DOI: [https://doi.org/10.1016/S2666-7568\(20\)30003-9](https://doi.org/10.1016/S2666-7568(20)30003-9), consultada al 30 de diciembre de 2020.

A nivel nacional, el hecho más importante es haberse aprobado, tras el estallido social de octubre del año 2019, un proceso constituyente que el pasado 25 de octubre cumplió su primera etapa con un resultado impresionante. Mediante un plebiscito realizado para determinar si la ciudadanía quería o no una nueva constitución, más del 78 % aprobó iniciar el proceso de redacción de una nueva constitución a través de una Convención Constitucional. En consecuencia, en abril de 2021 se realizarán elecciones para determinar los miembros de la Convención, en la que habrá paridad de género y escaños reservados para los pueblos originarios; dos hitos inimaginables hasta hace poco. La Comisión tendrá nueve meses (prorrogables por otros 3) para realizar su labor, debiendo adoptar sus acuerdos por dos tercios (2/3) de sus miembros, regla que sin duda requiere de amplios consensos. Una vez acordado el texto final de la nueva constitución, la Convención se disolverá y se realizará un nuevo plebiscito. De ganar la opción apruebo, el nuevo texto reemplazará al actual; en caso contrario, la Constitución de 1980 seguirá vigente.

Ha sido impresionante cómo en poco tiempo, se han organizado foros y seminarios, todos *on line*, con amplia concurrencia en la mayoría de los casos, para empezar a discutir los principales temas que se abordarán en la discusión de la nueva constitución. Destaco particularmente el anhelo de un Estado de bienestar, que garantice una mayor igualdad, con verdadera descentralización y que, respecto al medio ambiente, asegure justicia para los vulnerables hoy afectados y las futuras generaciones; con énfasis por cierto, en una nueva concepción de la propiedad privada, pues las reglas que tenemos no han sabido impedir la llamada privatización de los recursos naturales, como ocurre con el agua, el ejemplo más emblemático de un modelo demasiado liberal, incompleto y poco sustentable, que ha secado ríos y dejado -disculpen el lenguaje tan literal- que una palta en Petorca tenga más derecho al agua que las comunidades locales.

Seguramente nuestra próxima edición se nutrirá de muchas reflexiones en torno a estos nuevos desafíos, en donde desde la Academia tenemos el deber de colaborar y asistir a los elegidos para suscribir el nuevo pacto. Ya en estas páginas, como se verá, hay varios aportes interesantes.

Siguiendo con el tema de la información jurídica, y a diferencia de lo que ha ocurrido con la educación de muchos de nuestros niños, niñas y adolescentes, la pandemia también ha permitido democratizarla, llegando a un número importante de interesados, legos y no legos. He participado de muchos seminarios, *webinar* y otras instancias por vía remota, y con gusto veo cómo algunos temas han sido apasionadamente abordados por muchos compatriotas y extranjeros, algunas eminencias de renombre mundial, como si realmente ya no existieran fronteras. Valoro además algunas iniciativas, como las jornadas organizadas por nuestro ex alumno, el profesor de la Universidad Católica, profesor Alejandro Vergara Blanco, sobre los Grandes Juristas de Chile, que se realizó con gran variedad de temas y expositores de todo el país. En fin, nuestro mundo jurídico está cambiando, especialmente en la difusión del conocimiento, pero también en su generación (con interdisciplina en varios temas) y en nuevas formas de enseñarlo, pudiendo éstas -todavía quizá improvisadas- formas de adaptación a la nueva realidad llevarnos a

una verdadera “transformación”.

En lo local, destacaría tres preciados y recientes momentos de nuestra historia como Universidad y Facultad. En primer lugar, siguiendo la experiencia de la Universidad de Concepción y la Excm. Corte Suprema, en la elaboración conjunta por más de 8 años, de los *Baremos Jurisprudenciales estadísticos sobre daño moral* (que recibió este año el Premio Ciencia con Impacto), proyecto ejecutado por equipos liderados por el profesor José Luis Diez Schwarter y la Ministra María Eugenia Sandoval, nuestro máximo Tribunal decidió ahora convocar a varias Universidades, y firmar convenios similares, para el análisis de sus fallos, por materias, correspondiendo a nuestra facultad -en una primera etapa- el análisis del derecho de la energía y derecho ambiental (que desarrollaremos desde el recién creado Programa de Derecho, Ambiente y Cambio Climático) y, ahora también, en materia tributaria, administrativa, civil, laboral, etc.

En este último mes, además, la Universidad de Concepción acordó otorgar a la Ministra Sandoval, también ex alumna de nuestra casa de estudios, la distinción honorífica de *Visita Distinguida*, y nombró *Profesor Emérito*, al profesor de derecho civil de la Facultad y comentarista permanente de nuestra Revista, Dr. Ramón Domínguez Águila, la máxima distinción que otorga nuestra alma máter.

Finalmente, con orgullo, presentamos este nuevo número de nuestra Revista, logrando como Equipo Editorial, y con la ayuda de los arbitrajes de destacadas académicas y académicos de distintas casas de estudio, llegar a tiempo con esta edición N°248, que recopila una serie de artículos y comentarios de jurisprudencia, relativos a diversas áreas del derecho, muchos de ellos abarcando temas relacionados con nuestras normas o vacíos constitucionales, que serán un insumo importante a la discusión que comienza en Chile. Desde lo ambiental y climático, esta oportunidad es única, pues será la primera Constitución que se redacte tras el Acuerdo de París y podrán sus normas servir de ejemplo a las naciones que quieran asumir mayores compromisos con el planeta, como espero suceda con la nuestra.

Así, iniciamos con el trabajo de los profesores de derecho civil Arturo Ibáñez y Susan Turner, sobre el derecho de contraer matrimonio en Chile de los extranjeros en situación irregular, tema de gran actualidad en el país, considerando el proceso migratorio que hemos experimentado en los últimos años. Este derecho, no contemplado expresamente por la actual Constitución, recibe tutela judicial a través de la acción constitucional de protección, como un ejemplo relevante del fenómeno de la constitucionalización del derecho de familia. Este artículo analiza críticamente los argumentos desplegados por la Corte Suprema en el debate jurisprudencial que ha tenido lugar en sede de acción de protección, demostrando la necesidad de ajustar el estatuto legal de inmigración a los estándares de derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por nuestro país.

A continuación, presentamos el análisis del profesor de derecho laboral, Álvaro Domínguez, sobre las negociaciones incompatibles como causal de despido en Chile, donde al igual que el resto de las causales de despido disciplinario del Código del Trabajo, el núcleo de la conducta prohibida se encuentra definido por conceptos jurídicos de difícil delimitación. Se concluye que ha existido una excesiva visión de tutela empresarial que ha debilitado los contornos y alcances

habilitantes de esta causal de despido, permitiendo su reconducción y extensión a supuestos de hecho que, desde una lectura finalista del derecho del trabajo, como también de eficacia de los derechos fundamentales, sería contraria a las reglas de tipicidad, como también, vulneradora de la libertad de trabajo y su protección.

Sobre la implementación del Convenio de Budapest y los delitos informáticos, trata el tercer trabajo, de los abogados Sebastián BECKER y Pablo VIOLLIER, donde se identifican los principales aciertos y desaciertos del proyecto de ley, en actual discusión parlamentaria, que modificaría la ley 19.223, proponiendo además los cambios que impliquen una armonización con el Convenio de Budapest y el respeto integral de los derechos humanos en cuestión.

Luego, se considera la investigación de dos profesores de derecho procesal, los doctores Ramón GARCÍA y Claudio FUENTES, sobre el surgimiento del llamado *case management* y la superación del juez director del proceso; sin duda un aporte para la reflexión acerca de nuestros sistemas de justicia al configurar un nuevo marco teórico, que permite visibilizar y considerar nuevas variables que resultan claves para el entendimiento y solución que las exigencias sociales y políticas imponen en la conducción del proceso civil. Se postula que la eficiencia y la justicia no se oponen, sino que se complementan; y que una noción de justicia ampliada, que no solo supone decisiones legalmente correctas, sino que oportunas y a costos accesibles, debe necesariamente ser eficiente para garantizar su acceso a toda la población. Destacan además la emergencia de los principios de proporcionalidad y la cooperación.

Sobre “derecho, hechos y poder” se presenta la traducción realizada por Rodrigo TAPIA, del trabajo de Elizabeth THORNBURG, profesora de derecho civil y de solución alternativa de conflictos de la Facultad de Derecho Dedman de la Universidad Metodista del Sur en Dallas, Texas (EE. UU.), quien personalmente autorizó su publicación en español. Su estudio se centra en la decisión de la Corte Suprema estadounidense en *Ashcroft vs. Iqbal* que estima errónea por varios motivos, abocándose a uno que denomina el “peregrino regreso” a un sistema de alegaciones que exige que litigantes y jueces distingan entre alegaciones de hecho y de derecho, reviviendo así una distinción abandonada en la jurisprudencia estadounidense. Así, mediante un análisis que excede al propio fallo, tomando en consideración otra jurisprudencia relevante y diversas fuentes doctrinarias, concluye que el mal uso que hace la Corte del binomio hecho/derecho tiene por fin otorgar más autoridad a los jueces que a los jurados, y permite que los jueces de apelación revisen tales decisiones sin deferencia con el fallo de primera instancia. Además, al emplear un caso para cambiar una concepción bien asentada de una regla procesal, el caso *Iqbal* le permite a la misma Corte Suprema evitar el participativo y transparente procedimiento de reforma a las Leyes Federales de Procedimiento Civil y alterar el equilibrio de poder entre los tribunales y el Congreso.

Seguramente será muy útil para el proceso de una nueva Constitución que iniciamos, el trabajo colectivo sobre la “receptividad deliberativa” respecto del derecho al medio ambiente en el proceso constituyente (2016-2017) y en la posterior reforma impulsada por la presidenta Bachelet entre 2017 y 2018, de Ezio COSTA, Naiara SUSAEETA, Maximiliano KLENNER y José LEDESMA. Para ello se

desarrolla la forma en que la actual Constitución trata el derecho al medio ambiente y luego el nivel de discusión en las elites académica y política, para contrastarlas con la discusión ciudadana, recogida en los Encuentros Locales Autoconvocados, y luego, con el proyecto de reforma enviado por el Gobierno de BACHELET al final de su mandato. Se concluye que hay un marcado interés ciudadano por la inclusión de mayores provisiones ambientales en la Constitución, cuestión que, si bien no es homogénea en su contenido, incorpora una visión más ecocentrista y comunitarista sobre el medio ambiente, cuestiones que no se vieron reflejadas en el proyecto de nueva constitución presentado por el gobierno de BACHELET.

También en el área ambiental e indígena, el profesor Cristóbal CARMONA analiza la situación actual del derecho a consulta del Convenio N°169 de la OIT en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y en la jurisprudencia ambiental, planteando que existe un “desplazamiento” de los derechos de los pueblos indígenas, en el sentido que la consulta ha producido el efecto de desplazar las discusiones sobre los derechos sustantivos de los pueblos indígenas por debates de índole procedimental. Este “efecto de desplazamiento”, se argumenta, se generaría por el uso de interpretaciones restrictivas en torno al criterio de procedencia y a la naturaleza de la consulta. El artículo examina los fundamentos jurídicos de dichas interpretaciones, concluyendo que estas descansan en lecturas erróneas de las fuentes pertinentes y, en consecuencia, que el “efecto de desplazamiento” identificado se puede explicar por la existencia de un sesgo infundado en la interpretación de la consulta, que insta a superar.

El siguiente trabajo nos lleva a temas de un futuro que urge abordar por su inminencia. Las brechas y desafíos en el sistema de permisos administrativos en materia de energías marinas en Chile, a la luz de la experiencia de Canadá y Estados Unidos, del investigador Jorge OSSANDÓN. El análisis se centra en determinar si alguna de las regulaciones extranjeras son posibles de ser adoptadas en Chile para el desarrollo normativo de este tipo de proyectos, pensando en un futuro que mira a las energías renovables como fórmula de transición hacia un desarrollo sustentable, anuncia como las dos brechas principales, la inexistencia de un servicio público especializado y la diferencia en los permisos contemplados, sobre todo desde el punto de vista de su alcance material y temporal. Por su parte, los problemas regulatorios comunes tienen que ver con la coordinación y la deficiente planificación territorial costera-marina.

A continuación, se presenta el trabajo del investigador Luciano ROJAS, sobre los criterios de inherencia y regularidad en el concurso aparente de leyes penales por consunción, y su relevancia ante la concurrencia de tipos penales que protegen intereses diversos. Para ello, se ofrece primero un desarrollo del concurso aparente de leyes penales y, en particular, del principio de consunción, como aplicación de normas de preferencia. Luego, se abordan los criterios mencionados al inicio, sosteniendo que solo tienen operatividad cuando se entiendan como manifestaciones del *non bis in idem*.

En otro tema, también relevante y contingente, el profesor Isaac RAVETLLAT presenta su trabajo sobre una futura Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia, donde sistematiza lo que considera

son los principios y las bases sobre las que debe sustentarse una nueva realidad normativa, que permita superar la lectura decimonónica que pervivía de la niñez y la adolescencia en nuestro sistema legal, proponiendo abandonar actitudes paternalistas o caducas.

Cerrando la sección de artículos, se plantea un tema siempre vigente, por el abogado Diego GALINDO, relativo a la suspensión de la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual. Se trata de un análisis dogmático y jurisprudencial, que revela en la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de los últimos 10 años, dos grandes posiciones antagónicas respecto a la posibilidad de que la prescripción de la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad extracontractual, se suspenda a favor de las personas señaladas en los números 1 y 2 del artículo 2509 del Código Civil, por aplicación del artículo 2520 del mismo cuerpo normativo.

En la sección de comentarios de jurisprudencia, comenzamos con el tradicional aporte del Profesor Emérito de nuestra Facultad, Dr. Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, quien se refiere a dos sentencias del año 2020, de la Excma. Corte Suprema, en que se aborda el caso del incumplimiento recíproco en un contrato bilateral, y la posibilidad de solicitar la resolución del contrato y la excepción de contrato no cumplido. Concluye que la doctrina de las sentencias transcritas -que aboga por acoger la acción resolutoria pese a que ambas partes han incumplido sus obligaciones recíprocas- es la que debe predominar por ser la más lógica, ya que no tendría sentido insistir en prolongar la situación del mutuo incumplimiento en un estado de hecho insostenible. Si ambas partes no quieren perseverar en el contrato, afirma, no cabe mantener la relación obligacional.

Y cerrando la presente edición, contamos con el comentario de jurisprudencia de Pedro HARRIS, referido a un fallo de la Excma. Corte Suprema que abriría un nuevo capítulo dentro del ya largo desarrollo jurisprudencial que se ha configurado alrededor de la institución de la invalidación administrativa. En efecto, si hasta ahora se había formulado -por la vía de la interpretación- aquella teoría que distingue entre invalidaciones “propias” e “impropias”, ahora, en palabras del autor, se incorporaría una nueva propuesta, la de la invalidación administrativa “mixta”, en que se reconocería la posibilidad de ejercer una acción impugnatoria en contra del acto de la Administración que rechace una solicitud de invalidación administrativa, siempre que ésta se haya abstraído de considerar pronunciamientos judiciales anteriores, al resolver dicho procedimiento.

Para finalizar, no puedo dejar de hacer referencia al hecho que, contamos esta vez con investigaciones con participación de mujeres, que imprimen un prisma cada vez más necesario de considerar y difundir. Esperamos que esta participación aumente paulatinamente, para lo cual dejamos nuevamente extendida la invitación a todas quienes busquen un espacio editorial para dar a conocer sus investigaciones.

Dra. Verónica Delgado Schneider
Directora