

# REVISTA DEL Abogado

UNA PUBLICACIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE

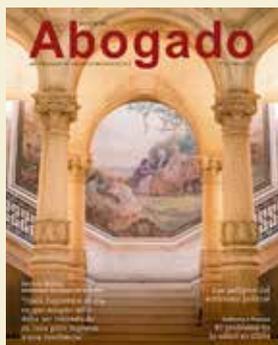
Nº75 / Mayo 2019

Patricia Muñoz,  
Defensora Nacional de la Niñez

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

Los peligros del  
activismo judicial

Reforma a Fonasa  
El problema de  
la salud en Chile



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

**Director**

Héctor Humeres N.

**Comité Editorial**

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

**Editora**

Deborah Con K.

**Colaboradores**

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

**Diseño Gráfico**

Gabriela Artigas S.

**Fotografía**

Pamela San Martín J.

**Secretaria Ejecutiva**

Ana María Carbone H.

**Impresión**

Aimpresores Ltda.

**Propietario**

Revista del Abogado S.A.

**Representante Legal**

Héctor Humeres Noguera

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

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

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

**Dirección**

Ahumada 341, Of. 207, Santiago

**Teléfonos:**

22639 6175 - 22633 6720

**Fax:**

2639 5072

**Casilla electrónica**

secretaria@colegioabogados.cl

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

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

**5 EDITORIAL**

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

**58 HUMOR**

**63 / 73 / 74 LIBROS**

**62 MÚSICA**

**64 ARTE**

**66 PERPLEJIDADES**

**68 ABOGADO ILUSTRE**

**69 CINE**

**70 FALLOS**





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



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

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

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

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

### ¿Y qué pasa con los abogados?

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

### ¿A qué se debe ello?

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

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

### De lo alternativo a lo adecuado

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

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

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

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

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

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

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



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

en la participación voluntaria en el proceso.

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

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

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

### ¿Cómo se logran los acuerdos?

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

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

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

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

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

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

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