Actualidad Juridica 36.indd 1 01-09-17 11:58

ACTUALIDAD JURIDICA

La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XVIII, N° 36 – Julio 2017

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actualidad Juridica 36.indd 3 01-09-17 11:59

Director
Gonzalo Rioseco M.

Secretario de Redacción
José A. Riquelme G.

Consejo Editorial
Hugo Rosende A.
Jorge Ogalde M.
Bruno Caprile B.
Ignacio Covarrubias C.
José Manuel Díaz de Valdés J.
Julio Alvear T.

Representante Legal
Federico Valdés L.

ISSN N° 0717–5914 – Santiago de Chile
Ediciones Universidad del Desarrollo

La revista *Actualidad Jurídica* es una publicación semestral
de las Facultades de Derecho (Santiago y Concepción)
de la Universidad del Desarrollo

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan
necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.

Impresión: Versión, Producciones Gráficas Limitada.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

- Presentación 7
- En memoria de doña Olga Feliú 9

I. Tema Central: "Terrorismo en Chile"

- Terrorismo y defensa del orden constitucional. Apuntes provocativos de algunas paradojas (Julio Alvear Téllez) 13
- Derecho Penal del enemigo y delitos terroristas: Por una reconsideración de sus propuestas en un Estado de derecho (Alejandro Leiva López) 35

II. Estudios y ensayos

- Hacia las regulaciones compensables al Derecho de Propiedad. Evaluación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno (Ignacio Covarrubias Cuevas) 55
- Concepción, nacimiento y vida: su cuestionable mérito indemnizatorio (una lectura panorámica relativa a las wrongful actions) (Renzo Munita Marambio) 97
- El concepto de obligaciones futuras en el *Código Civil* chileno (Cristián Fernández Lama) 141
- La inoponibilidad en el exceso de tiempo: análisis crítico de las restricciones a los contratos de arrendamiento celebrados respecto de bienes sujetos a administración en el Derecho Civil chileno (Emilio Bécar Labraña) 155
- Algunas consideraciones acerca de la protección de datos personales en internet (Isabel Warnier Readi, Silvestre Díaz Tomic) 197
- Delito tributario de lavado de dinero o activos en el Derecho chileno (Jaime García Escobar) 217
- La acción penal por delito tributario (Christian Aste Mejías) 245
- Tensiones en la aplicación del régimen tributario de integración parcial a las rentas de los contribuyentes no residentes en Chile, con convenio para evitar la doble tributación vigente, con ocasión de la entrada en vigencia de las leyes Nº 20.780 y Nº 20.899 ¿Una discriminación hacia los residentes? (Francisca Souper Aburto) 279
- Renta atribuida. Constitucionalidad del concepto (Jordi Fosalba Henry) 301
- La ley Nº 20.920 y la era REP: Un cambio de paradigma en el manejo de residuos en Chile (Martín Aylwin Fernández, David Bortnick de Mayo) 315
- El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa en las concesiones de energía geotérmica (Santiago Orpis Jouanne) 349
- Ley Nº 20.945 y el delito de colusión. Modificaciones al régimen sancionatorio y la importancia de la prejudicialidad (Diego Vicuña Donoso) 385
- Titularidad sindical en la nueva legislación laboral. Eliminaciones y resabios (Sergio Morales Cruz) 405

Actualidad Juridica 36.indd 5 01-09-17 11:59

- Sentencia de alto tribunal que abre la posibilidad de reconocer derechos a animales de acuerdo con Doctrina de Derecho Internacional (Raúl F. Campusano Droguett)..... 423
- *Iura Novit Curia* (Héctor Oberg Yáñez) 443

III. Proyectos de ley en tramitación

- La institución de la caducidad en el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas (Ariel Pliscoff Castillo) 451

IV. Comentarios de jurisprudencia

- La Corte Suprema argentina y la (pérdida de) autoridad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Menem" (Sergio Verdugo Ramírez)..... 467
- Caso SERVIPAG: ¿Coautor por ejecución o coautor por presión? (Jaime Pacheco Quezada)..... 479

V. Libros, resúmenes y recensiones.

- *Extinción convencional de las obligaciones*, de Pablo Rodríguez Grez (Editorial Jurídica de Chile, 2006, vols. 1 y 2), por Hugo Rosende Álvarez..... 497
- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*..... 503
- Índice *Ius Publicum* Nº 38/2017 505

VI. Ponencia seleccionada del IV Congreso Nacional de ayudantes de Derecho

- Fuerza vinculante de las cartas de intención y memorandos de entendimiento y los efectos jurídicos de su incumplimiento (Jaime Elgueta Corvillón)..... 511

Actualidad Juridica 36.indd 6 01-09-17 11:59

PRESENTACIÓN

La revista *Actualidad Jurídica*, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, se ha consolidado –con el paso de los años– como una de las más conocidas e influyentes publicaciones jurídicas destinadas al debate serio y reflexivo de los temas más variados que suscitan la preocupación de la comunidad jurídica nacional. Es su sello más distintivo ser el punto de encuentro donde académicos y profesionales del mundo del Derecho del más alto nivel se encuentran para debatir y controvertir sus puntos de vista sobre cuestiones de gran importancia para nuestro país.

Hemos dado inicio a la presente edición con una semblanza de la destacada abogada, académica, líder gremial y legisladora doña Olga Feliú Segovia, recientemente fallecida, como homenaje a su impecable trayectoria profesional y personal y a su permanente vinculación con nuestra Facultad.

Manteniendo nuestra tradición desde los primeros años de publicación de esta revista, hemos hecho especial mención a la discusión pública sobre la existencia de terrorismo en Chile con dos destacados trabajos que componen el tema central del presente número, pretendiendo con esto aportar argumentos a la contingencia nacional. Sin perjuicio de la gran calidad de todos ellos, deben mencionarse los artículos sobre la constitucionalidad de la renta atribuida de Fosalba Henry y el de las tensiones provocadas en la aplicación de las reformas tributarias a los extranjeros residentes en nuestro país, de la abogada y egresada de nuestra Facultad Francisca Souper.

Asimismo, en la sección de estudios y ensayos se contienen cinco artículos escritos por distinguidos civilistas, entre los cuales deben destacarse, por su novedad, los de Bécar Labraña sobre la inoponibilidad en el exceso de tiempo y de Renzo Munita, sobre la concepción, nacimiento y vida y su relación con el mérito indemnizatorio.

En materias penales se incluyen dos interesantes aportes de los profesores Pacheco y Leiva acerca del denominado caso SERVIPAG y la coautoría por ejecución o presión y el denominado derecho penal del enemigo y su relación con los delitos terroristas, ya mencionado respecto de nuestro tema central.

Dos comunicaciones sobre Derecho del Ambiente enriquecen el presente número, debiendo destacarse la del abogado, Santiago Órpis, sobre la consulta previa a las comunidades indígenas en las construcciones de centrales geotérmicas.

Otros dos artículos de Derecho Constitucional de autoría de los doctores Julio Alvear e Ignacio Covarrubias sobre terrorismo y defensa del orden constitucional y regulaciones compensables al derecho de propiedad ante el

Actualidad Juridica 36.indd 7 01-09-17 11:59

Tribunal Constitucional, respectivamente, interesarán a los colegas que han dedicado tiempo a imponerse de estos temas en los últimos meses.

Una notable comunicación sobre Derecho de Aguas y la caducidad de los derechos, obra de Pliscoff Castillo, debería captar la atención de todos quienes han seguido los inquietantes debates legislativos en las cámaras del Congreso Nacional, respecto de la reforma al *Código de Aguas*.

El número se completa con comunicaciones de Derecho Electrónico, Laboral y Económico y la colaboración habitual del destacado procesalista y profesor de nuestra Facultad, Héctor Oberg Yáñez, quien nos brinda, con su siempre punzante pluma, el artículo intitulado "*Iura novit curia*".

Dos comentarios de jurisprudencia constitucional internacional del más alto interés completan el panorama de la "actualidad jurídica del semestre". Uno de ellos de Verdugo sobre la Corte Suprema argentina y la pérdida de autoridad del sistema interamericano de derechos humanos y otro de Campusano, sobre el singular tema de los llamados "derechos animales".

La edición del presente número se cierra con una recensión a dos publicaciones del exdecano Pablo Rodríguez, a cargo de Hugo Rosende Álvarez.

Confiamos en que los referidos temas resulten, como es tradicional, del interés de nuestros lectores.

EL DIRECTOR

Actualidad Juridica 36.indd 8 01-09-17 11:59

IN MEMORIAM
OLGA FELIÚ SEGOVIA VDA. DE ORTÚZAR
(Q.E.P.D.)

El 25 de junio de 2017, ha fallecido la destacada jurista, directiva gremial de su orden y servidora pública, Olga Feliú Segovia vda. de Ortúzar, a quien la Facultad de Derecho rinde un emocionado testimonio de gratitud.

Nacida en Santiago en 1932, cursó sus estudios de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Obtuvo su título de abogado en 1963. Se casó con Waldo Ortúzar Latapiat, connotado abogado constitucionalista, quien desempeñó el cargo de Fiscal Nacional Económico desde 1983 a 1990. Tuvieron cuatro hijos. La señora Feliú enviudó en el año 2001.

En paralelo con sus estudios de Derecho comenzó sus funciones como oficial de la Contraloría General de la República, de la que llegó a ser en 1974 abogada jefe del Departamento de Toma de Razón y Registro, el más esencial de los departamentos del órgano contralor. Luego de una carrera de destacadísima trayectoria, se retiró de la Contraloría en 1980.

En conformidad a las normas constitucionales en vigencia, en 1990 el pleno de ministros de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia la designó como senadora institucional para el primer periodo constitucional del nuevo Congreso Nacional, esto es, 1990-1998.

Estimada y respetada por sus colegas, fue elegida por sus pares como la mejor senadora en dos oportunidades. La ponderación de sus juicios y la seriedad de sus análisis jurídicos, siempre profundos y excelentemente fundados, llevaron a una senadora de la coalición de gobierno, a decir que "si la senadora Feliú ('Olguita') no existiera, habría que inventarla". Certero y justo homenaje de sus pares a una impecable y patriótica labor parlamentaria.

Tras la finalización de su periodo como congresista, la Sra. Feliú ejerció plenamente su actividad profesional. En paralelo a un exitoso ejercicio, colaboró activamente con esta Facultad en sus sedes de Concepción y Santiago.

Actualidad Juridica 36.indd 9 01-09-17 11:59

Integró el cuerpo de redactores del primer número de nuestra revista *Actualidad Jurídica*, en 2000, con un interesante artículo intitulado "El ejercicio de la libertad económica y las facultades de los organismos antimonopolios". Más tarde, en el número 5 de la misma publicación, editado en 2002, publicó "Los organismos de la defensa de la competencia". Y años después llegó a ser invitada a dictar la tradicional clase inaugural del 22 de marzo del año académico 2013 en Concepción, en la que pronunció la conferencia "Campos de la Abogacía", que motivó profundas y recordadas reflexiones entre los profesores y alumnos de la Facultad, que tuvimos la oportunidad de escucharla. Pues, siempre dispuesta a participar en iniciativas de orden académico, se distinguió permanentemente por la calidad de sus argumentaciones y estudios.

Como resultado de su brillante trayectoria profesional y pública, el Colegio de Abogados de Santiago la eligió como su presidente, cargo que desempeño con prudencia, pero igualmente con firmeza, en defensa de los derechos profesionales de la orden. Permaneció en el cargo desde 2011 a 2015.

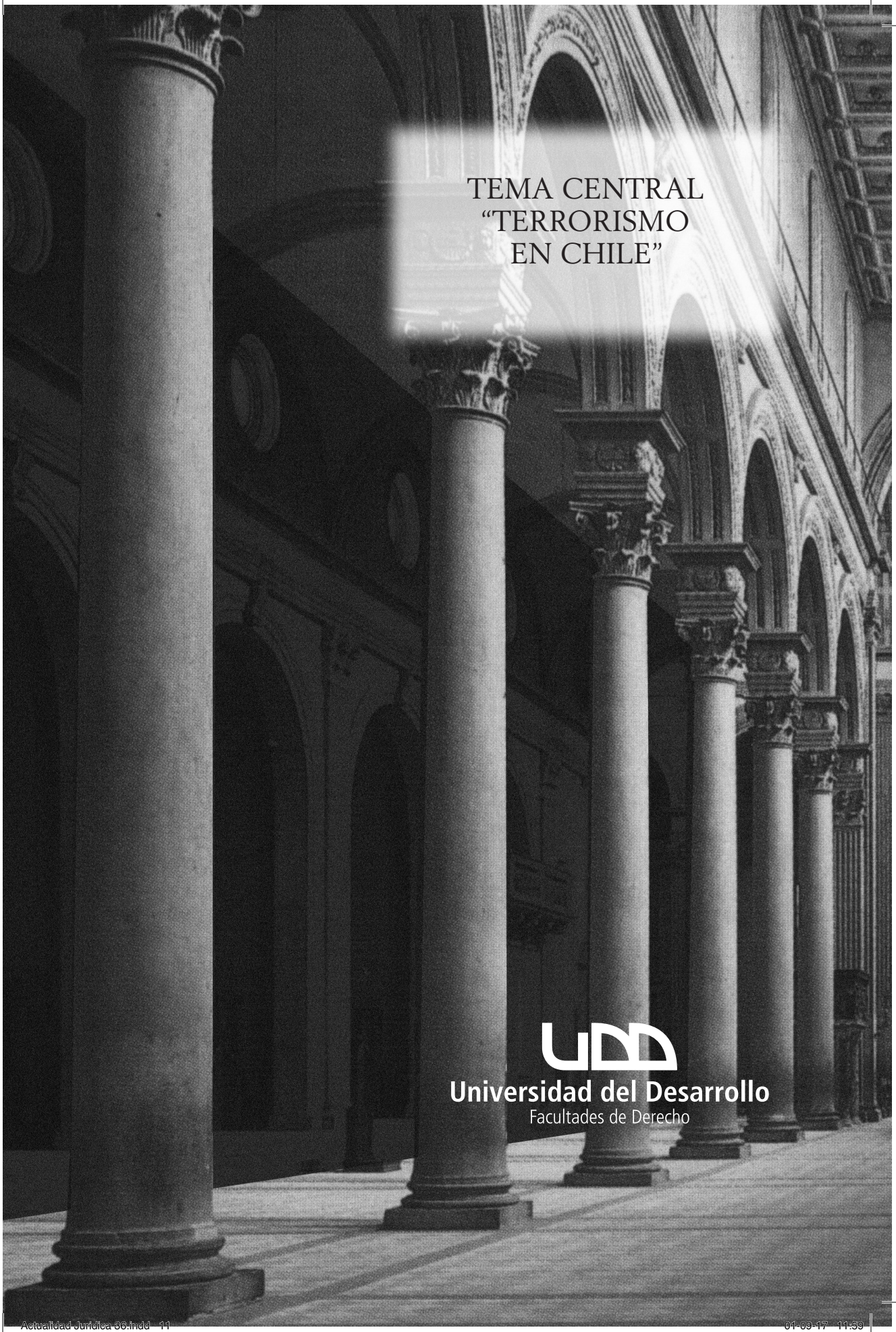
Finalmente, en un notable testimonio a su calidad humana y profesional, que trascendía con mucho las mezquindades políticas, la actual primera Mandataria de la República le solicitó que integrara el Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, tráfico de influencias y corrupción política. La Sra. Feliú aceptó tan honrosa designación en el año 2014 y aportó con su sabiduría y ponderado juicio en las propuestas que se elevaron en estas materias al gobierno y que, al día de hoy, han inspirado la creación de nuevas políticas públicas.

Figuras como la Sra. Olga Feliú Segovia cruzan por su tiempo con la estampa del genio y de la honorabilidad. Prestigió a la Contraloría, al Senado y a la Orden de los abogados y marcó una huella indeleble en las generaciones de abogados y juristas que se beneficiaron de su inteligencia y generosidad intelectual, pues la señora Feliú fue una gran y fina profesional del Derecho.

Gonzalo Rioseco Martínez
Decano
Facultad de Derecho

Actualidad Juridica 36.indd 10 01-09-17 11:59

TEMA CENTRAL
"TERRORISMO EN CHILE"



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actualidad Jurídica 36.indd 11 01-09-17 11:59

TERRORISMO Y DEFENSA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL. APUNTES PROVOCATIVOS DE ALGUNAS PARADOJAS

TERRORISM AND DEFENSEÇ OF CONSTITUTIONAL ORDER. PROVOCATIVE NOTES OF SOME PARADOXES

Julio Alvear Téllez[*]

Resumen: El fenómeno terrorista ha evolucionado en las últimas décadas. En la medida en que aprovecha la vulnerabilidad de las sociedades occidentales, la respuesta de los Estados tiende a volverse paradójica cuando se trata de defender el orden constitucional. Diseñados para situaciones de excepción, los institutos de garantía de dicho orden no pueden aplicarse perdurablemente en el tiempo sin poner a prueba los principios constitutivos de la democracia moderna. Para comprender esta tesis, es imprescindible analizar los caracteres del terrorismo contemporáneo y su amplísima capacidad ofensiva. Asentado este punto, ensayaremos una identificación de los problemas concretos que el fenómeno plantea al Estado constitucional contemporáneo.

Palabras clave: Terrorismo – Orden constitucional – Democracia deliberativa – Teoría de los derechos fundamentales.

Abstratc: The terrorist phenomenon has evolved in recent decades. To the extent that it exploits the vulnerability of Western societies, the response of states tends to become paradoxical when it comes to defending the constitutional order. Designed for exceptional situations, institutes of guarantee of this order cannot be applied in the long term without testing the constitutive principles of modern democracy. To understand this thesis, it is essential to analyze the characteristics of contemporary terrorism and its vast offensive capacity. Having established this point, we will try to identify the concrete

[*] Doctor en Derecho y Doctor (c) en Filosofía por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor titular de Derecho Político y Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

Actualidad Juridica 36.indd 13 01-09-17 11:59

problems that the phenomenon poses to the contemporary constitutional State.

Key words: Terrorism – Constitutional Order – Deliberative Democracy – Theory of Fundamental Rights.

* * *

I. El terrorismo: un fenómeno complejo

El terrorismo es un fenómeno complejo. En primer lugar, evoluciona de manera impredecible. Es difícil precaverlo a futuro mediante el control razonable de todas sus variables. El desarrollo de la inteligencia política y de las policías secretas –fenómenos invisibles para la institucionalidad republicana en forma– suele mostrar éxitos muy relativos.

Hay que tener en cuenta, además, la peculiaridad del terrorismo contemporáneo. Solo en algunos aspectos puede equiparse al terrorismo del siglo xix e inicios del xx.

Si nos remontamos a la época del terrorismo naciente, particularmente las tres últimas décadas del siglo xix, nos encontramos con un terrorismo puramente selectivo, consecuencia de la violencia antisistémica de los movimientos anarquistas operativos. Se solía hablar, *v. gr.*, de "propaganda por el hecho" para identificar los atentados políticos como estrategia de rechazo al Estado moderno[1]. El ordenamiento jurídico se enfrenta a un terrorismo de alto efecto simbólico, pero muy restringido en su materialidad: básicamente asesinatos contra algún representante del poder político. Sus protagonistas son los "asesinos delicados" referidos por Albert Camus. Ejemplo característico es el atentado al gran duque Sergio Aleksándrovich Románov, que fracasa la primera vez porque Kaliayev se niega a matar a los niños que acompañan el coche de la víctima.

No transcurre mucho tiempo, sin embargo, para que el aniquilamiento ciego pase a ser la regla del anarquismo de signo terrorista[2]. En lo sucesivo, durante el siglo xx, la herencia es recogida por las más disímiles organizaciones subversivas del planeta, asumiendo diversas tipologías. En los tiempos de la guerra fría, por ejemplo, el terrorismo se constituye en una de las vías favoritas de la estrategia insurreccional, sea bajo la fórmula del "foquismo" (guevarismo, RAF alemana, tupamaros, etc.), de la propaganda armada (Brigadas Rojas italianas), o de la guerrilla paramilitar (FARC colombiana).

A inicios del siglo xxi, casi sin darnos cuenta, el terrorismo se ha vuelto "global" o, al menos, se ha generado esa percepción. Se trata de un terrorismo

[1] "La propagande par le fait", *Bulletin de la Fédération jurassienne de l'Association internationale des travailleurs*, 5-8-1877. Citado por Avilés (2009), pp. 172-177.

[2] Avilés y Herrerín (2008), pp. 17-28.

Actualidad Juridica 36.indd 14 01-09-17 11:59

ascendente, que crece y se profundiza. Cada nuevo atentado devalúa a sus precedentes, por lo asombroso o inesperado de sus medios, por la expansión de los márgenes de crueldad o por la utilización de marcos de referencia más atroces. La ley natural, esto es, la ley moral invariable, se ve vulnerada sin cohibiciones.

Otro factor que vuelve complejo el fenómeno terrorista es la identificación de sus umbrales. Algunas acciones aparentemente terroristas pueden ser misturadas con fenómenos colindantes como la actividad insurreccional de los grupos guerrilleros, de los movimientos de resistencia o de los levantamientos en masa (*levée en masse*). Particularmente, si esas acciones se realizan a la sombra de movimientos que han obtenido el reconocimiento de combatientes, para efectos del Derecho Internacional[3].

En tercer lugar, el terrorismo es complejo porque se despliega sobre una incongruencia: representa un tipo de conducta antisocial que, sin embargo, necesita de la sociedad para crecer y alcanzar sus objetivos. Es así como los terroristas aprovechan las zonas de normalidad institucional para desbaratarlas. Pero como dicha normalidad es la esencia del orden constitucional liberal-democrático, el choque entre ambos se vuelve irreductible.

Adicionalmente, el terrorismo, como el comercio, se desenvuelve más rápido que la legislación, de tal modo que puede aprovecharse de las garantías del Estado de derecho para alcanzar sus objetivos estratégicos. La legislación antiterrorista o los estados de excepción constitucional le siguen como la sombra, y cuando se aplican van planteando problemas políticos, morales y jurídicos difíciles de saldar para el Estado constitucional.

En cuarto lugar, el terrorismo usualmente es un enemigo irreconciliable del Estado: se ufana de pervivir fuera del alcance disuasorio de la potestad punitiva. Por regla general, los grupos terroristas tienen mucho menos recursos materiales que aquel, pero compensan fácilmente la asimetría con ventajas tácticas, golpes de efectos y estrategias de propaganda. Aunque no hay que olvidar que el Estado moderno –la Revolución francesa es el gran modelo– también ha utilizado el terrorismo como instrumento de sus fines.

En quinto lugar, el terrorismo es un fenómeno que se globaliza, al menos en su potencialidad y alcance. Nadie está a salvo. En principio, ningún lugar del planeta es susceptible de permanecer indemne a sus ataques.

La tendencia del terrorismo a la globalización incluye dos aspectos que lo vuelven explosivo: la ausencia de objetivos realistas (el enemigo no puede ser vencido) y la capacidad de aprovecharse de la vulnerabilidad de los sistemas complejos, instalando la percepción de destructividad[4].

---

[3] Sobre el problema, Rodríguez-Villasante (1990), pp. 121-253; Doménech Omedas (2002), pp. 191-216.

[4] Borradori (2003), pp. 64-65.

Actualidad Juridica 36.indd 15 01-09-17 11:59

El "yihadismo" de origen salafista es el fenómeno más claro de terrorismo global. Una especie de epígono de todas las formas de terrorismo que le han precedido. Merece, en consecuencia, una atención más detenida.

Se trata de un terrorismo que reivindica el universalismo predicado por ideólogos como el egipcio Sayyid Qutb (1906-1966) en su obra *A la sombra del Corán*. Ahí se sostiene que el mundo entero se encuentra en estado de *jahilliya*, es decir, de ignorancia del mandato divino, y debe, en consecuencia, ser destruido. Entre ellos se incluyen no solo gobiernos occidentales sino también mahometanos. En esta aspiración aparece un elemento de conquista propia de los imperios de otrora: se pretende dominar naciones completas de Asia, África e incluso Europa ("recuperación" del *Al Andaluz*). Pero se trata de una conquista sin límites donde no entra el Estado. De hecho, esta unidad política se encuentra superada.

Los especialistas afirman que el yihadismo es un terrorismo de residuos anarquistas pero a la vez de redes, de ahí la dificultad de prever y controlar sus movimientos activos. Propone un modelo de *yihad* disperso e irradiante, no condicionado por *órdenes centralizadas*. No responde a un gobierno determinado, sea de carácter oficial, estatal o colectivo (*fard qifayah*). Los actos terroristas se convocan como cuestión de obligación individual (*fard ayn*) para cada mahometano, de manera que el movimiento que lo impulsa tiene la potencialidad de radicalizarse a sí mismo, individual o grupalmente, fuera de los cuadros de un Estado particular. Mantiene una red global no jerarquizada de activistas, fundada en convicciones concurrentes y en conexiones móviles, desde el contacto persona a persona, hasta los foros de internet y la prensa militante. No hay centros de mando claros, criterios de pertenencia nítidos ni organizaciones fuertemente estructuradas. Las redes son difusas. "*Yihad* sin líderes", dicen algunos.

En este yihadismo todo puede ser utilizado como arma mortal, partiendo por el propio cuerpo. En sus pliegues emerge el ataque inhumano de efectos altamente simbólicos. A través de ella se expresa la lógica del enemigo llevada hasta sus últimas consecuencias. Es lo que se connota en el degüello de menores o la decapitación y exhibición de sus cadáveres mutilados. Con las víctimas se re-crea todo un imaginario contra los enemigos de Mahoma. Se sabe que el cuerpo mutilado del infiel no se recompondrá el día del juicio universal.

El yihadismo mantiene un cierto carácter utópico: persigue un ideal regenerativo, un proyecto de reislamización semejante al postulado por los primeros ideólogos salafistas, pero reinterpretado ahora a escala supranacional. En la era posnacionalista, la búsqueda de la *umma*, la comunidad panislámica de creyentes, sirve de acicate religioso a tal empeño[5].

[5] Corte Ibañez (2014), pp. 43-83; Aznar (2014), pp. 17-42; Avilés (2012), pp. 227-249.

Actualidad Juridica 36.indd 16 01-09-17 11:59

El ISIS (Dáesh), con su califato sin límites definidos y sus facciones de homicidas dispersos por el planeta, es un primer intento por amojonar estas tendencias desde un centro principal de operaciones, aunque sin renunciar a las redes[6].

Hacia el futuro no se vislumbra solo el yihadismo como matriz del terrorismo global. La modernidad está pronta a exasperar sus propias causas, como describe Derrida, en una cita que habla por sí sola:

> "La relación entre la Tierra, el territorio y el terror cambió, y hay que saber que eso se debe al conocimiento, esto es, a la tecno-ciencia... Al respecto, comparado con las posibilidades de destrucción y desorden caótico que están en reserva para el futuro, el 11 S aún pertenece al arcaico teatro de la violencia destinada a impactar la imaginación... El 11 S pertenece a los viejos (y añorados) tiempos de la última guerra, de la magnitud gigantesca, visible y enorme. (En el futuro), las nanotecnologías de todo tipo serán mucho más poderosas e invisibles, ya se insinúan por todos lados. Rivalizan en lo micrológico con los microbios y bacterias, o atacan las redes informáticas de las que depende toda la vida social, económica, militar, etc. de un país"[7].

Finalmente, hay que anotar que el terrorismo es siempre injusto. Su complejidad reside aquí en que siempre se encontrarán voces que intenten justificarlo por medio de discursos políticos o morales[8].

El terrorismo siempre es injusto porque sus víctimas, en general son inocentes. Cuando no son asesinadas, quedan expuestas a horribles sufrimientos (mutilación, disminución física severa, profundos daños psíquicos, etc.). Y en la hipótesis de que las víctimas sean culpables, la injusticia permanece, pues se les aplica una especie de "ajusticiamiento" sin autoridad competente, sin tribunal imparcial, sin proceso público, ni evaluación proporcionada de la sanción. En cualquier caso, las víctimas, despojadas de toda digni dad, son tratadas como meros instrumentos de una finalidad ulterior, sostenida como principio de conducta: causar terror en la población.

II. Delimitación jurídica del terrorismo

El fenómeno del terrorismo es susceptible de calificación jurídica.

En sede constitucional, el terrorismo constituye una fuente especialmente gravosa de conductas subversivas. Es un fenómeno que activa la defensa del orden constitucional. Sus actos habilitan la aplicación de los regí-

[6] Cockburn (2014); Cockburn (2016).
[7] Borradori (2003), pp. 151-152.
[8] Montejano (2005), pp. 575-590.

Actualidad Juridica 36.indd 17 01-09-17 11:59

menes de excepción o de los poderes de emergencia en la medida que alteran gravemente la seguridad, el orden público u otras categorías análogas.

La defensa del orden constitucional permite restringir o suspender ciertos derechos fundamentales, al modo en que lo prevé la Constitución francesa o la portuguesa[9]. En otros casos, como Alemania, se utiliza la técnica de la remisión legislativa para la restricción de derechos. En paralelo, se incluye la cláusula del abuso de los derechos fundamentales y la autorización *ex constitutione* del uso de la fuerza para combatir a grupos sediciosos armados[10]. Por su vez, la Constitución italiana de 1957 prevé restricciones y limitaciones a derechos fundamentales, en particular, para casos de seguridad o sanidad públicas o de necesidad o urgencia nacional[11].

Hay constituciones que reconocen expresamente el terrorismo como ilícito. Por ejemplo, la Constitución española que contempla la suspensión de derechos[12]. También se preocupan del fenómeno las Constituciones de Chile[13], Perú[14] o Brasil[15].

---

[9] El artículo 16 de la Constitución francesa establece que "cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales se vean amenazado de manera grave e inmediata y se interrumpa el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales, el Presidente de la República adoptará las medidas que tales circunstancias exijan, después de consultar oficialmente con el Primer Ministro, con los Presidentes de las asambleas y con el Consejo Constitucional... Tales medidas deben estar inspiradas por el deseo de asegurar a los poderes públicos constitucionales los medios para cumplir su misión en el menor plazo posible". Véase también los artículos 137.1, 141.1, 164.j, 182.3.f y 220.c de la Constitución de Portugal de 1976.

[10] El artículo 10 de la Ley Fundamental de Bonn autoriza la adopción de medidas excepcionales de carácter legislativo para defender el régimen constitucional (*v. gr.*, la intervención de las comunicaciones). El artículo 18 permite, con criterios de proporcionalidad, sancionar judicialmente el abuso de derecho con la suspensión o "pérdida" de ciertos derechos fundamentales, tales como libertad de prensa, libertad de enseñanza, de reunión, asociación, secreto de telecomunicaciones, derecho de propiedad y asilo. El artículo 87.4 proscribe los grupos sediciosos armados autorizando a las Fuerzas Armadas a combatirlos sin establecer un régimen particular de suspensión de derechos. Los artículos 104.2 y 104.3 autorizan a la policía a detener por sospecha en régimen especial en casos calificados judicialmente.

[11] Por ejemplo, los artículos 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 30, 35, 36, 40, 42, 46, 48 y 51 de la Constitución italiana.

[12] El artículo 55.2 dispone: "una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3 pueden ser suspendidos, para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas". El artículo 13 número 2 establece: "quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los delitos terroristas". Todo ello, sin perjuicio del artículo 55.1 que habilita para suspender derechos determinados en estados de excepción o de sitio.

[13] Artículo 9 y otros.

[14] Artículo 2 inciso 24.

[15] Artículo 4 viii.

Actualidad Juridica 36.indd 18 01-09-17 11:59

La especificidad de la persecución del terrorismo se entrega, como es de esperar, a la legislación penal especial, que resulta cada vez más frondosa.

Si buscamos la esencia del terrorismo, debemos recurrir a su origen etimológico. El término 'terror' viene del latín '*terreo*' que alude al temblor producido por el miedo. La médula de terrorismo se encuentra, entonces, en aquel género de actos de violencia que se ejecutan para infundir temor o temblor. "Hacer temblar" a través de una conducta que objetivamente provoca terror, es el objetivo específico de lo que llamamos terrorismo.

La ley penal considera conductas terroristas ciertas acciones delictivas (homicidio, lesiones graves, secuestro, sustracción de menores, incendio, estragos, asociación ilícita, atentados contra vehículos de la locomoción colectiva, contra naves o aeronaves, contra autoridades civiles, militares, diplomáticas y religiosas, etc.) realizadas "con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie", sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados (utilización de armas de gran poder destructivo), sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas (ministros de Estado, jueces, etc.), sea porque se cometen para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias. Así caracteriza el terrorismo el artículo 1° de la ley N°18.314, de Chile.

La ley muchas veces presume el propósito de ocasionar terror. Así sucede cuando se atenta contra la vida o integridad de un Jefe de Estado, o se coloca, envía, activa, arroja, detona o dispara bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos (artículo 2° números 3 y 4, ley N°18.314).

En todos estos casos se exige el cumplimiento del principio de ofensividad. Esto es, las conductas realizadas deben ser objetivamente peligrosas. No es necesario especificar qué bienes jurídicos pueden verse afectados por los actos en cuestión: basta que sean idóneos para causar un grave daño de naturaleza personal, patrimonial o colectiva. Tampoco es preciso que las conductas alcancen todos sus efectos, basta que puedan generarlo. En este ámbito se ha de emplear el juicio de probabilidad (prognosis)[16].

También hay que considerar las finalidades subjetivas. El artículo 270 sexies del *Código Penal* italiano se abre a las siguientes opciones:

i) intimidar a la población;
ii) constreñir a los poderes públicos o a una organización internacional a ejecutar o abstenerse de ejecutar una acto cualquiera; o
iii) desestabilizar o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

[16] Carnevali (2010), pp. 124-125.

Actualidad Juridica 36.indd 19 01-09-17 11:59

El último numeral da cuenta de que el terrorismo ha dejado de ser una cuestión que interesa exclusivamente a los Estados nacionales, transformándose en un problema universal. En esta perspectiva también puede ser delimitado jurídicamente. La Declaración de las Naciones Unidas sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional señala que el terrorismo incluye:

> "actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas"[17].

El Consejo de Seguridad, en su resolución 1566 (2004), alude a:

> "actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo"[18].

Análoga conceptualización se encuentra en el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

La Asamblea General de las Naciones Unidas elabora en la actualidad un convenio general contra el terrorismo, en cuyo artículo 2 adelanta una definición comprehensiva[19], de lo que también se preocupa, en términos formales, el *Compendio de casos relativos a la lucha contra el terrorismo*, también de Naciones Unidas[20].

Colateralmente se ha destacado la suma importancia del componente simbólico del terrorismo, destinado a develar la vulnerabilidad del sistema político-institucional y afectar, con ello, la identidad social y las formas de conveniencia. La singularidad de la víctima –actual o potencial– es secundaria. Las víctimas son esencialmente un instrumento de intimidación. Desde este ángulo, el terrorismo configura un uso estratégico e indiscriminado de la violencia para causar terror en la población, "bajo la incertidum-

[17] Naciones Unidas (1994), párrafo 3, p. 4.

[18] Naciones Unidas, Consejo de Seguridad (2004), párrafo 3, p. 2.

[19] "Comete delito quien ilícita e intencionalmente y por cualquier medio cause: a) la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o b) daños graves a bienes públicos o privados, incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medioambiente; o c) daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes… cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico… en caso de que el propósito de tal acto sea, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo". Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2008), p. 7.

[20] UNODC- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2010), pp. 2-3.

Actualidad Juridica 36.indd 20 01-09-17 11:59

bre de que cualquier persona y en cualquier momento pueden ser objeto de un ataque"[21].

Adicionalmente hay que recordar que el terrorismo no solo tiene un carácter subversivo; también puede ser ejercido desde el poder estatal. De hecho, como adelantamos, el terrorismo tiene su origen en el Estado, pues la primera vez que se utilizó el terror como estrategia política fue en la Revolución francesa, durante la dictadura del Comité de Salvación Pública. "El terror no es más que la justicia rápida, severa e inflexible", afirma Robespierre. Y Constant observa con desconcierto que "el gobierno revolucionario ordena el terror en vez de combatirlo".

III. El terrorismo y su capacidad para afectar los principios del estado constitucional

Se ha observado que el terrorismo, como fenómeno complejo, tiene un potencial suficiente para afectar los principios constitutivos de los Estados constitucionales contemporáneos fundados en la ideología liberal-democrática. Sobre todo cuando el terrorismo deja de ser coyuntural y se transforma en un fenómeno estructural y global.

Varias son las razones:

1. El terrorismo reduce a un imposible la denominada "democracia deliberativa"

Para teóricos como Habermas y las corrientes que siguen la "democracia deliberativa", el terrorismo conduce a una "ruptura de la comunicación". El ideario del diálogo racional y los procesos de deliberación política pierden su función[22].

2. La paradoja de la excepción constitucional

Las constituciones políticas prevén el uso de poderes de emergencia y estados de excepción para hacer frente a situaciones de anormalidad[23]. Se supone

[21] Carnevali (2010), p. 128.

[22] "Desde el 11 de septiembre no dejo de preguntarme si, ante acontecimientos de tal violencia, toda mi concepción de la actividad orientada hacia la comprensión –la que desarrollo desde la teoría de la acción comunicativa– no está cayendo en el ridículo (...) Nuestra vida cotidiana descansa sobre la base sólida de un fondo de convicciones comunes, de elementos que percibidos como evidencias culturales y de expectativas recíprocas. El terrorismo es una ruptura de la comunicación". Borradori (2003), pp. 58-59. Para una crítica de la democracia deliberativa, en sí misma considerada, Segovia (2008), pp. 11-113.

[23] Schmitt distingue entre poderes de emergencia y estados de excepción. Aquí aproximamos ambas situaciones. Para este punto, Samir (2006), pp. 125-145.

Actualidad Juridica 36.indd 21 01-09-17 11:59

que son estados provisorios, aunque en ciertas épocas –por ejemplo, durante la Segunda Guerra Mundial– la excepcionalidad se convierta en situación de permanencia[24].

Algunos juristas han llegado a sostener, con buenas razones, que la excepcionalidad ha pasado a ser una norma, o al menos, una práctica de gobierno duradera en los Estados democráticos contemporáneos[25]. Sin detenernos en este punto, hay que actualizar la distinción schmittiana entre norma y excepción tratándose del terrorismo. Cuando este fenómeno golpea los sistemas políticos, se piensa inmediatamente en el uso de las facultades de emergencia o de excepcionalidad para defender el Estado constitucional. En la medida en que la situación se prolongue, la excepcionalidad –por esencia anómala y provisoria– se proyecta como normal y duradera.

En otros términos, en la medida en que el terrorismo deja de ser un fenómeno coyuntural y se transforma en una cuestión estructural, la legislación ordinaria ya no basta. Se abre necesariamente un proceso de reforma normativa cada vez más amplio en pro de la seguridad de los individuos, sociedades, instituciones y Estados. Estos tienden a crear o aplicar la normativa extraordinaria que autoriza la suspensión o restricción de libertades básicas, además de los distintos tipos de respuesta militar.

Desde las viejas categorías democrático liberales se abre un discurso académico de disconformidad ante dichas medidas. En el fondo, una revuelta en cierto sentido ilusoria contra un nuevo escenario que les resulta paradójico, pero que es real[26].

Es lo que se ha dado particularmente a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos de Norteamérica. La normativa extraordinaria sobre el terrorismo no ha hecho más que crecer, sea en el plano nacional como en el internacional.

La normativa extraordinaria se inicia en Estados Unidos con las órdenes ejecutivas sobre financiación terrorista[27], sobre preparación para la guerra contra el terrorismo (por la que se crea el grupo de asalto *Task Force*) [28], y sobre detención y juicio de extranjeros sospechosos[29]. Esta normativa se proyecta en la famosa *USA Patriot Act*[30], que amplía la capacidad de control del Estado

[24] Samir (2006), p. 131.

[25] Agamben (2002), p. 9. Walter Benjamin avanza en el punto y llega a decir que: "...el estado de excepción en que ahora vivimos es en verdad la regla". Benjamin (2007), p. 89.

[26] Una ejemplo típico de dicha actitud puede verse, por ejemplo, en Villegas (2016), pp. 295-319.

[27] Bush (2001a), pp. 49079-49083

[28] Bush (2001b), pp. 57355-57356.

[29] Bush (2001c), pp. 57831-57836. La normativa crea tribunales militares de excepción para juzgar a ciudadanos extranjeros sospechosos de participar en actividades terroristas o poner en peligro la seguridad nacional.

[30] USA Patriot Act (2001). En esta controvertida norma se restringen los llamados "derecho civiles" en razón de la excepcionalidad de las circunstancias. Por ejemplo, se legaliza la

Actualidad Juridica 36.indd 22 01-09-17 11:59

sobre la ciudadanía, dotando a las agencias de seguridad de enormes poderes de vigilancia sobre la población. El año 2015 es reemplazada por la *USA Freedom Act*, que retira a las agencias de seguridad –particularmente a la NSA– la capacidad de almacenar los datos sobre las llamadas telefónicas de los estadounidenses y coloca estos datos en manos de las compañías telefónicas. Las agencias podrán acceder a tales datos caso a caso y previa autorización judicial[31].

Un año después del ataque a las torres gemelas, la Unión Europea exigió a todos los Estados miembros adaptar su legislación de cara al nuevo peligro terrorista[32].

A partir de entonces, la Unión Europea ha dictado una ingente normativa para enfrentar el terrorismo. La más representativa es la C*omunicación de la* C*omisión Europea al parlamento europeo* y al C*onsejo de Europa en torno a la aplicación de la agenda europea de seguridad para la lucha contra el terrorismo*. La iniciativa tiene por objeto "allanar el camino" de Europa hacia una verdadera "unión de la seguridad" a través de la implementación de diversas medidas: preventivas, de coordinación y cooperación, y de protección[33]. La Agenda Europea de Seguridad ya está en marcha[34].

Los Estados miembros de la Unión Europea también han incrementado la normativa contra el terrorismo, estableciendo circunstancias habilitantes para restringir libertades públicas y derechos fundamentales en pro de la seguridad. Como en Estados Unidos, las medidas afectan la libertad y seguridad personales, la tutela judicial efectiva, los sistemas de recursos o de pruebas, la privacidad de las comunicaciones. Suplementariamente, se han aumentado los poderes de los servicios antiterroristas, afectando, en ocasiones, el estatus jurídico de los extranjeros residentes[35].

Toda esta legislación responde a las situaciones de emergencia que contra el orden y la seguridad plantea el terrorismo. Una brevísima reseña.

En el Reino Unido se aprueba el 13 de diciembre de 2001 la *Antiterrorism*, C*rime and Security Act*, con severas facultades habilitantes para restringir la libertad personal y la seguridad individual sin el concurso de la autoridad judicial. Es revocada por la *Prevention of Terrorism Act 2005*, la que a su vez sufre las enmiendas de la C*ounter-Terrorism Act 2008*. El 2011 se aprue-

escucha de las conversaciones telefónicas, la intercepción de la correspondencia, los mensajes del correo electrónico, la vigilancia externa, la sustracción de documentos de trabajo, historias clínicas y tarjetas bibliotecarias. Asimismo, establece comisiones militares *ad hoc* para detener y conocer casos de extranjeros sospechosos de terrorismo. La intervención judicial es muy limitada en tiempo y materia.

[31] USA Freedom Act of (2015).

[32] Consejo de Europa (2002).

[33] Comisión Europea (2016).

[34] Véase, Comisión Europea (2017).

[35] Un análisis en Álvarez Conde y González (2011), pp. 71-81

Actualidad Juridica 36.indd 23 01-09-17 11:59

ba la Ley sobre medidas de investigación y prevención del terrorismo, también con medidas restrictivas a las libertades personales y facultades intrusivas de control y vigilancia.

En Alemania se incluyen rápidamente estas medidas en la ley llamada Otto-Katalog del 1 de enero de 2002. Francia sigue una línea parecida a partir de la ley N° 1062 (15 de noviembre de 2001) de seguridad cotidiana, reforzada el año pasado con la nueva ley antiterrorista de julio de 2016.

En Italia se dictan en 2001 dos normativas referenciales: la ley N° 431 (14 de diciembre de 2001) sobre "Medidas urgentes para reprimir y contrarrestar la financiación del terrorismo internacional", y la ley N° 438 (15 de diciembre de 2001) sobre "Disposiciones urgentes para contrarrestar el terrorismo internacional", que actualiza el *Código Penal*, incluyendo nuevos delitos como las "asociaciones con finalidad de terrorismo internacional" (art. 270 bis) y "asistencia a los asociados" (art. 270 ter), entre otras.

En Portugal, Austria, Bélgica y Luxemburgo también se dictan normas antiterroristas intensas. Los decretos Nº 193/VIII de 2001/12/20 y Nº 175/VIII de 2001/10/31 de Portugal ilustran el aserto. También las sucesivas modificaciones al *Código Penal* en Austria y Bélgica, así como la Ley de Represión al terrorismo y su financiación de Luxemburgo (8 de julio de 2003). También en Holanda, Noruega, Dinamarca se incrementa la normativa contra el terrorismo.

Se puede decir, sin temor a ser desmentido, que los Estados constitucionales están ahora muy bien preparados para situarse jurídicamente dentro de la anormalidad. Cuánto dure esa anormalidad dependerá de cuán intenso sea el desarrollo terrorista.

3. La insuficiencia de la teoría constitucional para responder al fenómeno terrorista

El punto ha sido bien planteado por Álvarez Conde. Por motivos de espacio, nos excusamos de desarrollarlo aquí. Solo orillamos el problema con la siguiente cita:

> "La lucha contra el fenómeno terrorista plantea importantes problemas dogmáticos que pueden afectar a los principios estructurales del Estado de Derecho. En efecto, está en juego la tensión dialéctica entre los principios de libertad y seguridad, que es una constante a lo largo de la historia de la humanidad; la propia dialéctica amigo-enemigo de que hablara Schmitt, el ataque a lo ajeno, a lo diverso, produciéndose una extensión del fenómeno a colectivos como los extranjeros y los inmigrantes; el propio concepto del marco estatal como referencia o mecanismo eficaz en la lucha contra el terrorismo; la propia naturaleza de los derechos fundamentales y su eficacia irradiante; la desnaturalización de

Actualidad Juridica 36.indd 24 01-09-17 11:59

las normas constitucionales y de las normas que las desarrollan; el sistema de relaciones intergubernamentales; el concepto de terrorismo y las dificultades inherentes a su propia definición; el propio concepto de democracia; y un largo etcétera"[36].

4. El problema que el terrorismo plantea a la teoría de los derechos fundamentales.

Francisco Bobillo señalaba en la década de 1980, en una época en que el terrorismo no se había globalizado, que un principio esencial del constitucionalismo liberal es la libertad negativa frente al poder estatal, lo que se traduce en límites jurídicos institucionalizados que lo "domestiquen", a fin de evitar la concentración, la discrecionalidad o el abuso de su ejercicio.

Este principio garantista integra la cosmovisión liberal anclada no solo en la protección del individuo sino, también, en el racionalismo político, en su necesidad de cálculo y anticipación, en la preferencia por lo previsible frente a lo incierto[37]. La doctrina del Estado de derecho (y el *ius certum* de normas escritas, iguales, generales y abstractas) se plasma en el plano político en el "garantismo" burgués de las libertades individuales, tan caro al primer liberalismo[38].

El espíritu garantista del constitucionalismo liberal camina, sin embargo, con una molesta piedra en el zapato: ¿es posible abusar de la libertad llamada "negativa"? ¿Qué sucede si un grupo de ciudadanos utiliza sus libertades contra la propia institucionalidad que las protege?

El problema ya se anuncia en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 (que siempre nos ha parecido perversa[39]) y es resuelto en su artículo 4° con la doctrina de los límites al ejercicio de los derechos[40], que tendrá un enorme influjo en la teoría de los derechos fundamentales. En la hipótesis de un comportamiento futuro anómalo de los ciudadanos, esa necesario prever la inadecuada utilización de las libertades.

Una expresión paradigmática de este principio se encuentra en el art. 2 de la Ley Fundamental de Bonn:

---

[36] Álvarez Conde y González (2011).

[37] Bobillo (1985), pp. 51-53.

[38] Loewenstein (1979), p. 395.

[39] Una crítica al despotismo velado de esta célebre declaración en Alvear Téllez (2010), pp. 497-523.

[40] El artículo 4° de dicha Declaración recoge la noción de libertad negativa, pero, inmediatamente, se ve en la necesidad de limitarla: "La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley". El artículo 5° agrega: "La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad".

Actualidad Juridica 36.indd 25 01-09-17 11:59

> "Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otros ni atenten al orden constitucional ni a la ley moral".

Esta doctrina ha permitido al constitucionalismo contemporáneo consagrar cláusulas (generales o específicas) de limitación de derechos, que habilitan al Estado a restringir o suspender ciertas garantías en situaciones extraordinarias o de emergencia. Los causales que permiten tipificar estas situaciones son variadas: la seguridad y el orden, y otras más genéricas como el bien común, la protección del régimen democrático, la salvaguarda de valores superiores, etcétera.

Sin embargo, el constitucionalismo considera con sospecha estos límites al ejercicio de los derechos fundamentales dado que se sitúan dentro de las relaciones verticales entre los ciudadanos y el Estado. Y las constituciones nacen precisamente para controlar a éste, no a aquellos.

Las noveles circunstancias de excepción dan herramientas contra el terrorismo. Pero en el imaginario liberal estas herramientas permiten avanzar en seguridad a costa de la libertad. En consecuencia, merecen ser controladas, a fin de evitar la deriva hacia situaciones no constitucionales: Estado totalitario o poder coactivo discrecional. De ahí la doctrina de los "límites a los límites", fraguada con distintas fórmulas para resguardar, en beneficio del ciudadano, el denominado "contenido esencial" de los derechos fundamentales. Y, en perjuicio del Estado, regular con rigidez el ejercicio de sus potestades intrusivas (reserva de ley, control de constitucionalidad, etcétera).

Este esquema parece impecable desde el punto de vista del racionalismo jurídico siempre que se cumplan las condiciones de normalidad institucional en las que vive a sus anchas. La interrogante es qué sucede con este esquema si a futuro el escenario evoluciona hacia una "excepcionalidad normalizada" donde la amenaza del terrorismo se vuelve estructural, tal como hemos planteado. De hecho, la legislación antiterrorista que se ha incorporado a los países desarrollados con posterioridad a los atentados del 11 de septiembre de 2001 –y que hemos referido sumarísimamente en el acápite anterior– parece superar la doctrina de los "límites a los límites". Las competencias que se entregan al poder estatal para vigilar, controlar y neutralizar a los ciudadanos sospechosos de terrorismo rompen los muros de contención construidos por esta doctrina en cuanto a la afectación de sus derechos fundamentales.

Lejos estamos de afirmar que dicha afectación es, en principio, injusta. Hay que revisar caso a caso[41]. Por ejemplo, en la *Antiterrorism, Crime and Security Act* (2001), se solicitó la derogación del art. 5 de la Convención Europea de los Derechos Humanos que garantiza la libertad personal y la se-

[41] Una evaluación en Walker (2007), pp. 1395-1463.

Actualidad Juridica 36.indd 26 01-09-17 11:59

guridad individual, fundado en el artículo 15 de la misma que así lo autoriza en situaciones de peligro público[42]. Sin embargo, a juicio de los tribunales ingleses esta ley resultó excesiva. La sección 23 de la norma autorizaba la detención indefinida de sospechosos certificados como terroristas internacionales. En este contexto, la House of Lords declaró que los tribunales británicos no podían admitir como prueba declaraciones obtenidas a través de la tortura porque el *Common Law* la prohíbe "independientemente de dónde, o por quién o con base en qué autoridad fue impuesta"[43]. Con ello, la alta corte británica salva un principio básico de la civilización, pero a su vez, deja a salvo el resto. Es decir, el cúmulo de medidas de emergencia que autoriza la ley por la que pueden afectarse aspectos sensibles de la libertad personal, el debido proceso y la intangibilidad de las comunicaciones privadas.

La teoría de los derechos fundamentales se muestra incapaz de dar una respuesta precisa al desafío que plantea el terrorismo en la medida en que éste se vuelve estructural.

5. Derecho Penal del enemigo

El llamado "Derecho Penal del enemigo" dota a la potestad punitiva del Estado de una lógica que se adapta a los nuevos tiempos. Se ubica en el terreno donde el terrorismo tiende a financiarse soterradamente, o a organizarse utilizando formas jurídicas aparentes, o a conseguir adeptos aprovechando los espacios inespecíficos de la legislación penal. El Derecho Penal del enemigo otorga nuevas herramientas porque es capaz de calar en todas sus dimensiones la complejidad ofensiva del fenómeno terrorista.

El Derecho Penal que podemos llamar "clásico" –el Derecho Penal del ciudadano– fue concebido para tiempos de una criminalidad "común". El Derecho penal del enemigo, en cambio, introduce finalidades y reglas procesales y de imputación especiales a fin de abordar de manera proporcional

[42] "Derogación en caso de estado de excepción. 1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanan del derecho internacional. 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7. 3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del 14 15 Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación". Consejo de Europa (2017); Strasbourg (2017), p. 13.

[43] A and Other v. Secretary of State for the Home Department N°2 (2005), UKHL 71 (2005) 3 WLR 1249, para. 10 (lord Bingham). La temática es profundizada en Ambos (2009), pp. 17-122.

Actualidad Juridica 36.indd 27 01-09-17 11:59

las situaciones que ponen en peligro las bases elementales de la convivencia humana, lo que ni de lejos se alcanza con las normas que punen la criminalidad normal.

Algunos de estos principios y reglas aplicadas al terrorismo deben anotarse:

i. Frente a las funciones disuasivas y de integración social, el derecho penal del enemigo aporta la función de neutralización, fundada en la peligrosidad que supone todo miembro activo o facilitador de una organización terrorista.

ii. El derecho debe tender a minimizar los riesgos o las graves consecuencias que resultan de un atentado terrorista. De ahí el carácter prospectivo más que retrospectivo: se ha de tener especial cuidado con los actos que se van a realizar, y adoptar las medidas necesarias para evitarlos.

Desde esta perspectiva, surge toda una "teoría de la anticipación" justificante basada en la comprensión del complejo modus operandis de las organizaciones terroristas, donde la sola dimensión institucional favorece la comisión de ilícitos.

iii. En la medida en que se adelanta el marco punitivo de los delitos terroristas a una diversidad de actos preparatorios, se flexibilizan las garantías de los derechos fundamentales involucrados en este ámbito. Se castigan conductas que de otro modo sería impensable punir: reclutamiento y adiestramiento, enrolamiento en estructuras organizacionales, suministro o recepción de instrucciones aunque no se realice el ilícito. También aparecen, a nivel procesal y penitenciario, sistemas prémiales para los responsables de los ilícitos con el fin de ampliar la búsqueda del ilícito[44].

El Derecho Penal del enemigo ha levantado una espiral de controversias. Muchas de ellas justificadas. El constitucionalismo aspira, según proclamación común, al reconocimiento de la igual dignidad de las personas por parte de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Penal del enemigo se basa, en cambio, en el reconocimiento sectorial de una desigualdad integral: la existencia de un enemigo irreconciliable. Si es así, uno de los ideales del constitucionalismo –el de igual libertad– parece caer por tierra, al menos en este ámbito. Pero es que, quizá, el constitucionalismo poco tiene que hacer en sede penal ante tan potentes adversarios. Si la tendencia sigue alimentándose, se atisba aquí un provocativo reflujo de la llamada "constitucionalización" del derecho.

[44] En nuestro medio puede verse el notable trabajo de Carnevali (2010), pp. 109-145.

Actualidad Juridica 36.indd 28 01-09-17 11:59

IV. Conclusión

El terrorismo plantea serios problemas al orden constitucional, que se ve en la necesidad de defenderse utilizando herramientas jurídicas que abren diversos espacios de incoherencia respecto del ideario histórico del constitucionalismo.

Desde el marco tranquilo del *ius certum* de raigambre liberal, el dilema se plantea en términos disyuntivos de libertad o seguridad. Tanto una como la otra se necesitan. Por ello es que, desde temprano, a mayor parte de las constituciones prevén situaciones de emergencia o de excepción en las que, en pro de la seguridad, se autoriza la restricción o suspensión de ciertas libertades básicas.

Esos estados de excepción o poderes de emergencia fueron pensados como un recurso transitorio para situaciones límites de anormalidad institucional. Sin embargo, el terrorismo contemporáneo, considerado como tendencia, se demarca de toda previsibilidad "burguesa" –en el sentido no peyorativo del término– en la medida en que supone una anormalidad que llega para quedarse. Del desarrollo del vector terrorista depende que aquello que para el constitucionalismo es excepción se transforme paulatinamente en regla.

Para comprender bien este punto hay que discernir cómo ha mutado el terrorismo. Hace décadas era un fenómeno definido, accidental y focalizado. Hoy muta convirtiéndose en un fenómeno difuso, estructural y complejo. Hoy el terrorismo tiende a globalizarse en potencialidad y alcance, es totalmente antisistémico, no hay identificación clara de sus umbrales, evoluciona más rápido que la legislación que lo pune, y conoce y aprovecha completamente la vulnerabilidad de la sociedad y del Estado.

En la medida en que se discierne la complejidad del terrorismo contemporáneo y su tendencia a convertirse en estructural, uno se da cuenta de cuán vetustos quedan los viejos esquemas del constitucionalismo decimonónico, del que somos herederos. De ahí las paradojas que el fenómeno plantea al constitucionalismo contemporáneo, que no está preparado para ello. Las paradojas se manifiestan en diversas direcciones:

1. El terrorismo reduce a un imposible la "democracia deliberativa". Activa el factor de incomunicación radical, adversario irreductible del diálogo y del consenso político.
2. El terrorismo desinhibe las situaciones de excepción constitucional. Cuando este fenómeno golpea los sistemas políticos, se piensa inmediatamente en el uso de las facultades de emergencia para defender el Estado constitucional. En la medida en que la situación se prolonga, la excepcionalidad –por esencia anómala y provisoria– se proyecta como normal y duradera. Tanto en Estados Unidos como en Europa se está implantando una normativa antiterrorista cada vez más frondosa, que incluyen facultades intrusivas respecto de las libertades y derechos fundamentales.

Actualidad Juridica 36.indd 29 01-09-17 11:59

3. La teoría constitucional se muestra insuficiente en recursos conceptuales para enfrentar el nuevo fenómeno terrorista. La necesidad de defensa del orden constitucional supera el horizonte estatal como marco de referencia, perturba la eficacia irradiante de los derechos fundamentales, instala la dialéctica amigo / enemigo tan denostada por el ideario liberal-socialdemócrata y desnaturaliza la finalidad esencial del ordenamiento cuya clave de bóveda es señalar límites al ejercicio del poder público. A futuro, la teoría constitucional puede convertirse en un globo que recibe agua sucia hasta que no puede contenerla y explota.
4. La teoría de los derechos fundamentales y sus tesis garantistas (contenido esencial de los derechos, la doctrina de los "límites a los límites") quedan en estado de interrogante ante un escenario donde no se cumplan las condiciones de normalidad institucional sobre las que reposa. Si la amenaza del terrorismo se vuelve estructural y empuja hacia situaciones de "excepcionalidad normalizada" el camino a futuro se vuelve incierto. De hecho, la legislación antiterrorista que se ha incorporado a los países desarrollados con posterioridad a los atentados del 11 de septiembre de 2001 parece superar la doctrina de los "límites a los límites". Las competencias que se entregan al poder estatal para vigilar, controlar y neutralizar a los ciudadanos sospechosos de terrorismo rompen los muros de contención construidos por esta doctrina en cuanto a la afectación de sus derechos fundamentales.
5. El Derecho Penal del enemigo ha levantado una espiral de controversias. Pero entrega herramientas eficaces para perseguir el nuevo fenómeno terrorista, que de otro modo, aprovecha los vacíos del Derecho Penal del ciudadano. El problema es que la dialéctica amigo / enemigo no es del todo coherente con el *ethos* constitucional.

Los puntos anteriores necesitan, sin duda, ser desarrollados de cara a la realidad futura. Admiten rectificaciones o profundizaciones. Pero tienen el mérito de señalar algunas de las líneas de área de lo que parece ser la nueva cancha posmoderna del constitucionalismo contemporáneo.

Bibliografía

Agamben, Giorgio (2002): *Homo Sacer* (Madrid, Editora Nacional).

Álvarez Conde, Enrique y Hortensia González (2006): "Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de Septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales", en *Análisis*, N° 7, edición en línea del Real Instituto Elcano. Disponible en: www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/!ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNg318fEKcHX1NTZz9QgKNXI0NDSBAvyDbUREAbg0Kqw!!/?WCM_PORTLET=PC_Z7_3SLLLTCAM

Actualidad Juridica 36.indd 30 01-09-17 11:59

54CNTQ27F30000000000000_WCM&WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/elcano/elcano_es/zonas_es/ari+7-2006.

Alvear Téllez, Julio (2010): "Contra-razones de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ante la génesis del constitucionalismo moderno", en *Actualidad Jurídica*, N° 22: pp. 497-523.

Ambos, Kai (2009): *Terrorismo, tortura y derecho penal. Respuesta en situaciones de emergencia* (Barcelona, Atelier).

Avilés, Juan (2009): "El terrorismo anarquista como propaganda por el hecho: de la formulación teórica a los atentados de París, 1877-1894", en *Historia y política*, N° 21: pp. 169-190.

Avilés, Juan (2012): "Terrorismo anarquista y terrorismo yihadí: un análisis comparativo", en *Historia y Política*, N° 27: pp. 227-249.

Avilés, Juan y Ángel Herrerín (eds.), *El nacimiento del terrorismo en Occidente: anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria* (Madrid, Siglo XXI).

Aznar, Federico (2014): "Doctrina y acción políticas. Pugnas sobre el Islam verdadero. El salafismo", en Escuela de Altos Estudios de la Defensa, *Yihadismo en el mundo actual* (Madrid, Ministerio de Defensa) pp. 17-42.

Benjamin, Walter (2007): *Sobre el concepto de historia* (Buenos Aires, Piedras de papel).

Bobillo, Francisco (1985): "Constitución y legislación antiterrorista", en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), N° 48: pp. 51-53.

Borradori, Giovanna (2003): *La filosofía en una época de terror: diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida* (Madrid, Taurus).

Bush, George W. (2001a), Executive Order 13224 of September 23, 2001: *Blocking Property and Prohibiting Transactions with Persons who Commit, Threaten to Commit or Support Terrorism*, Federal Register, vol. 66 N°186: pp. 49079-49083.

Bush, George W. (2001b): Executive Order 13234 of November 9, 2001: *Presidential Task Force on Citizen Preparedness in the War on Terrorism*, Federal Register, vol. 66 N° 221: pp. 57355-57356.

Bush, George W. (2001c): Military Order of November 13, 2001: *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*, in *Federal Register*, vol. 66 N° 222: pp. 57.831-57.836.

Carnevali, Raúl (2010): "El Derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° xxxv 2º semestre: pp. 109-145.

Cockburn, Patrick (2014): *The Jihadis Return: ISIS and the New Sunni Uprising* (New York, OR Books).

Cockburn, Patrick (2016): *Chaos and Caliphate: Jihadis and the West in the struggle for the Middle East* (New York, OR Books).

Comisión Europea (2016): *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo de Europa para la aplicación de la agenda europea de seguridad para la lucha contra el terrorismo*, COM, 230 final, 20.4.2016.

Actualidad Juridica 36.indd 31 01-09-17 11:59

Comisión Europea (2017): *Sexto Informe sobre la marcha de los trabajos en pro de una Unión de Seguridad eficaz y auténtica*, COM, 213 final, 12.4.2017.

Consejo de Europa (2002): *Decisión Marco sobre lucha contra el terrorismo*, 2002/475/JAI, del 13 de junio de 2002.

Consejo de Europa (2017): *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (modificado por los Protocolos 11 y 14, y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos 4, 6, 7,12 y 13), Strasbourg.

Corte Ibañez, Luis de la (2014): "Yihadismo global: una visión panorámica", en Escuela de Altos Estudios de la Defensa, *Yihadismo en el mundo actual* (Madrid, Ministerio de Defensa) pp. 43-83.

Doménech Omedas, José Luis (2002): "Los sujetos combatientes", en José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, Madrid (Valencia, Centro de Estudios de DIH, Tirant lo Blanch), pp. 191-216.

Loewenstein, Karl (1979): *Teoría de la Constitución* (Barcelona, Ariel).

Martínez Mulero, Irene (2011): "El frenesí legislativo después del 11-S: ¿Derechos humanos versus seguridad nacional?", en *Aequitas*, N°1: pp. 71-81.

Montejano, Bernardino (2005): "La injusticia del terror", en *Verbo*, N° 437-438: pp. 575-590.

Naciones Unidas (1994): *Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional* (en Resolución 49/60 del 9 de diciembre de 1994).

Naciones Unidas, Consejo de Seguridad (2004). Resolución 1566 (8 de octubre de 2004).

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2008). *Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo.* folleto informativo 32, Ginebra.

Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (1990): "Colaboración con banda armada, terroristas o rebeldes", en Miguel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal, La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión* (Madrid, EDERSA) Tomo xi: pp. 121-253.

Samir, Farid (2006): "Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt", en *Argumentos*, Vol. 19 N° 52: pp. 25-145.

Segovia, Fernando (2008): *Habermas y la democracia deliberativa. Una utopía tardomoderna* (Madrid, Marcial Pons).

UNODC- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2010). *Compendio de Casos relativos a la lucha contra el terrorismo*, New York.

Usa patriot act (2001): *Uniting and Strengthening America by Providing Appropiate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*, H.R.3162-107th Congress (2001-2002). October 26, 200. Disponible en: www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3162.

Usa Freedom Act Of (2015): Public Law Nº 114-23 (06/02/2015), 114th Congress Public Law 23. H.R.2048. Disponible en www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2048/text.

Actualidad Juridica 36.indd 32 01-09-17 11:59

Villegas, Myrna (2016): "El terrorismo en la Constitución chilena", en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. xxix N° 2: pp. 295-319.

Walker, Clive (2007): "Keeping Control of Terrorists Without Losing Control of Constitutionalism", in *Stanford Law Review*, vol. 59: pp. 1395-1463.

Actualidad Juridica 36.indd 33 01-09-17 11:59

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y DELITOS TERRORISTAS: POR UNA RECONSIDERACIÓN DE SUS PROPUESTAS EN UN ESTADO DE DERECHO

CRIMINAL LAW OF THE ENEMY AND TERRORISM CRIMES: A RECOMENDATION TO LOOK AT INTO THE RULE OF LAW

Alejandro Leiva López[*]

Resumen: El estudio examina los postulados del Derecho Penal del *enemigo* a la luz de los delitos terroristas en Chile y expone las principales críticas de que ha sido objeto. Se propone una reconsideración de sus presupuestos y herramientas para enfrentar la criminalidad terrorista con pleno respeto a los Derechos Fundamentales y dignidad humana. Asimismo, se propone resurgir su concepto como instrumento simbólico y disuasivo.

Palabras clave: Derecho penal del enemigo – Terrorismo – Estado de Derecho – Derecho penal simbólico.

Abstract: The paper examines the postulates of the "Criminal law of the Enemy" on terrorism crimes in Chile and exposes the main criticisms of which it has been object. It proposes a reconsideration of its fundamentals and tools to confront terrorism crime with full respect for Civil Rights and human dignity. Also, it is proposed to re-emerge its concept as a symbolic and dissuasive instrument.

Key words: Criminal law of the Enemy – Terrorism – State based on the Rule of Law – Symbolic Criminal law.

* Doctor © en Derecho, U. de los Andes; magíster en Derecho Penal, U. de Chile; abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas, U. del Desarrollo; profesor de Derecho Penal, U. del Desarrollo.

Actualidad Juridica 36.indd 35 01-09-17 11:59

* * *

Introducción

En 2016, la justicia española condenó a doce años de cárcel a los chilenos Francisco Javier Solar, "Cariñoso", y Mónica Andrea Caballero, "Moniquita", por el atentado cometido en 2013 en la basílica del Pilar de Zaragoza, declarados culpables de los delitos de lesiones terroristas y daños terroristas. Al momento de la dictación de la sentencia, los condenados proclamaron a viva voz: "viva la anarquía, muerte al Estado"[1].

Pareciera que cierto tipo de fundamentación terrorista –excluidos, en parte, grupos extremistas religiosos, *v.gr.* terrorismo *yihadista*–[2] repudia la existencia del Estado, busca socavarlo y rechaza los mandatos del ordenamiento jurídico los cuales, pese a conocer, no les resultan vinculantes.

Las consecuencias de este fenómeno para el Derecho penal escaparían a su concepción clásica y los fines de sus penas perderían validez o, al menos, efecto preventivo. Quien actúa en este sentido, pareciera no ser capaz de rehabilitarse y el castigo que sufre, por el contrario, lo tornaría un mártir de su causa.

Sobre ello, Silva Sánchez, en su tesis expansiva del Derecho penal[3], habla de la existencia de una *tercera velocidad* de este Derecho. El autor distingue una primera velocidad, representada por el Derecho Penal "de la cárcel", en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una *tercera velocidad*, en la que el Derecho penal de la cárcel concurra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales[4].

---

[1] *El Mercurio*, 10 de marzo de 2016, disponible en www.emol.com/noticias/Nacional/2016/03/10/792332/Culmina-juicio-a-chilenos-en-Espana.html.

[2] Zarrouk (2011), pp. 13-46. En términos resumidos, concluye el autor que la represión del islamismo por parte de los regímenes de los países árabes e islámicos que llegaron a utilizar métodos criminales en su labor fue determinante en lo que se refiere a la radicalización que se efectuó en el nombre del Islam. De hecho, hubo dos procesos de mutación hacia el radicalismo violento provocados por el comportamiento de los regímenes árabes. Primero, la transformación de muchos elementos islamistas que pasaron a nutrir las filas de grupos armados después de dar por fracasada la vía de la participación política en la sombra de regímenes totalitarios. Luego, más tarde, algunos *salafíes* tradicionales fueron seducidos por las ideas de grupos terroristas debido a otra razón ajena a la represión del islamismo, pero que tiene mucho que ver con la gestión del campo religioso por los regímenes árabes, especialmente el saudí.

[3] Silva Sánchez (2001), p. 163 y ss.

[4] *Op. cit.*, p. 163.

Actualidad Juridica 36.indd 36 01-09-17 11:59

Así, este Derecho de *tercera velocidad* –Derecho Penal del enemigo– surgiría como una necesidad, asociada a ciertos límites, para enfrentar determinadas categorías de criminalidad, en especial, la criminalidad organizada y el terrorismo, donde el Derecho Penal clásico parece insuficiente dadas las características del imputado; en términos de Jakobs, dada la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y peligrosidad.

Sin duda, los autores de delitos de carácter terrorista han sido los más recurridos a la hora de representar a estos supuestos *enemigos* de la sociedad y parece necesario discutir propuestas, dentro del marco de un Estado de derecho, que permitan enfrentar desde el Derecho Penal este tipo de criminalidad. Ello se torna urgente en el caso chileno, en que autoridades políticas y gubernativas, *opinólogos* y candidatos, entre otros extraños pobladores efímeros de la política –normalmente asociados a ideologías de izquierda y sesgados por ellas–, reniegan la existencia de esta realidad en nuestro país, disfrazando *v.gr.* el terrorismo en La Araucanía como persecución política, discriminación y represión[5].

Sobre los delitos terroristas en Chile, la ley Nº 19.027 (en adelante "ley terrorista") introdujo ciertos elementos subjetivos cuya presencia es necesaria para que se configure el tipo de los delitos previstos en su artículo 2º, bastando con que concurra alguno de ellos[6]:

Primero, que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o alguna parte de ella un temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo de personas. Un ejemplo de esta última situación lo constituye la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Angol. El tribunal señala, en el fallo, que de los hechos probados:

> "Ha quedado demostrado más allá de toda duda razonable los hechos que fundamentaron la acusación, tipificando en sus respectivos casos el incendio de la casa habitación del fundo Nancahue, el incendio forestal del fundo San Gregorio y las amenazas proferidas a los dueños y administradores de esos predios como conductas terroristas, toda vez que las acciones evidencian que la forma, método y estrategia empleados, tenían una finalidad dolosa de causar un estado de temor generalizado en la zona, situación que es pública y notoria y que estos jueces no pueden

[5] Y la razón no es otra que ideológica-política dada la promulgación de nuestra ley terrorista durante el gobierno militar, pese a las innumerables modificaciones que "en democracia" ha sufrido esta ley. En este sentido, el vicio que ven es de origen y difícilmente salvable, incluso mediante la discusión puramente dogmática que aquí se intenta.

[6] En efecto, mediante oficio N° 244 de 2003, el entonces fiscal Guillermo Piedrabuena informaba a sus fiscales regionales de dichos elementos.

Actualidad Juridica 36.indd 37 01-09-17 11:59

desatender; se trata de un grave conflicto entre parte de la etnia mapuche y el resto de la población , hecho que no fue discutido ni desconocido por los intervinientes"[7].

Y segundo, que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle decisiones[8]. Cabe hacer presente que este elemento subjetivo debe interpretarse de manera similar al propósito de los delitos de secuestro y sustracción de menores –esto es "imponer exigencias o arrancar decisiones"– o a los de secuestro calificado de la letra b) del artículo 5º de la ley Nº 12.927 –vale decir "imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad"–.

Por su parte y en cuanto a su definición, Muñoz Conde[9] considera como acto de terrorismo aquel que se identifica con la delincuencia violenta y que tiene por finalidad la desestabilización del sistema democrático y las bases sobre la que este se asienta.

Sin embargo, la jurisprudencia española ha señalado que las actuaciones terroristas se manifiestan con el propósito o el efecto de difundir alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado y, muy frecuentemente, indiscriminado, de esta actividad delictiva. De ahí que no quepa excluir de este tipo de delitos a grupos criminales sin objetivo político alguno, o cuyo objetivo no sea expresamente revertir tal orden.

Según este concepto, define al terrorista como aquel delincuente que no actúa de acuerdo con motivaciones comunes o de ordinaria ocurrencia (llámense delitos pasionales, contra el patrimonio, injuriosos o calumniosos, defraudaciones, etc.), sino que lo caracteriza un especial nivel de violencia que objetivamente analizada responde a una intención clara y macabra, cual es, causar temor entre la población, aún a través de delitos comunes.

En otras palabras, el legislador reconoce un mayor nivel de *reprochabilidad* en este tipo de delitos, lo cual debe ser analizado por los tribunales de forma objetiva, atendidas las circunstancias que acompañan la comisión del hecho, como también las especiales características que definen el actuar del acusado.

El presente estudio expondrá las características del Derecho penal del enemigo y la posibilidad de reconsiderar sus efectos a la luz del caso chileno,

[7] TOP de Angol (2003) RUC 0100083503-6

[8] Algunos de los problemas que genera la norma, primero y en cuanto a los sujetos pasivos: Al no definir el concepto de "autoridad", no es posible circunscribir adecuadamente los sujetos pasivos de los delitos terroristas, por lo que habrá que interpretarlo conforme a las reglas generales. La referencia al propósito de obtener "resoluciones" de la autoridad, indica, en todo caso, que los funcionarios coaccionados han de tener facultades resolutivas; y segundo, en cuanto a los sujetos activos: el elemento subjetivo del numeral 2º solamente admitiría la posibilidad de que estos actos, para ser calificados de terroristas, se realicen por quienes se oponen al gobierno constituido y jamás por sus partidarios.

[9] Muñoz Conde (1999), p. 863.

Actualidad Juridica 36.indd 38 01-09-17 11:59

en especial, en los delitos de carácter terrorista, respetando los principios de un Estado de derecho.

1. El Derecho penal del enemigo: características y presupuestos

De acuerdo con Jakobs[10], el Derecho Penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad[11], es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de –como es lo habitual– retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son considerablemente altas: en especial, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada[12]. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o, incluso, suprimidas, cuyo ejemplo paradigmático sería la incomunicación del procesado[13].

[10] Jakobs (1999) nota 11, p. 137 y ss. El concepto 'enemigo', utilizado primeramente por Jakobs en el Derecho Penal, no resulta de una mera descripción peyorativa y sus fundamentos escapan a su mero arbitrio. En correspondencia con ello, el autor construye desde Rousseau: "Cualquier malhechor que ataque el Derecho social deja de ser miembro del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano". Véase, Rousseau (1959), p. 33. En el mismo sentido, recurre a Fichte: "quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto, pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos". Fichte (1796), p. 260. El mismo Jakobs toma distancia de estos autores en cuanto a los límites de estas teorías, las que caracteriza como demasiado "abstractas", pues el ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho incluso al *enemigo*. Sobre ello, se muestra más cercano a Hobbes quien en principio mantiene al delincuente en su rol de ciudadano: "El ciudadano no puede eliminar por sí mismo su *status*. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición, pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión, lo que significa una recaída en el estado de naturaleza (...) Y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos". En Hobbes (1984), p. 237 y ss.

[11] En cuanto al amplio adelantamiento de la punibilidad, Jakobs rescata, por una parte, el cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo ejemplificadores en el Derecho Penal alemán, los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas (§§ 129 y 129.a *StGB*) o de producción de narcóticos por bandas organizadas (§§ 30.I.1 y 31.I.1 *BtMG*). En, Jakobs (2004), p. 43 y ss.

[12] La falta de reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento, por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto aplicando la aminoración de la tentativa (§§ 129.a.II, 211.I y 49.I.1 *StGB*) y sobrepasa de manera ostensible en la mayoría de los casos las penas reducidas de la tentativa previstas para los demás delitos de asociaciones terroristas. En Jakobs (2004), p. 44.

[13] Jakobs y Cancio (2003), p. 25 y ss.

Actualidad Juridica 36.indd 39 01-09-17 11:59

Con este lenguaje, el Estado no conversa con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus *enemigos*. El enemigo es, así, un individuo que no solo de manera excepcional o incidental comete determinados ilícitos sino que los lleva a cabo de manera presumiblemente duradera –se organiza–, abandonando el Derecho, sin que de él se pueda esperar una respuesta acorde a la amenaza penal, amenaza que le es inocua. A ello Jakobs se refiere como la ausencia de una mínima seguridad cognitiva del delincuente[14] que, por tanto, pasa a considerarse un *enemigo*.

Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado como ciudadano sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona[15], de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de los demás miembros de la comunidad[16].

En consecuencia, quien no participa en la vida en un estado *comunitario-legal* debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede *tratar*, como anota expresamente Kant: "como un enemigo"[17].

Pese a la dureza del lenguaje –personas que no deben ser consideradas como tales–, los postulados de Jakobs contarían con una premisa poderosa: el Derecho Penal *común*, si se quiere, de *primera velocidad* o clásico o en términos de dicho autor, del *ciudadano*, se muestra insuficiente, pues el presupuesto esencial del mismo no existe. De acuerdo con su configuración normativa de la sociedad[18], la norma no solo pierde validez frente al enemigo sino que es desconocida por aquel de manera permanente como modelo de vida en comunidad. El Estado, como tal, carece de validez y sus normas y presupuestos no les son vinculantes. Pacto a contrato social son conceptos que se desconocen: "viva la anarquía, muerte al Estado".

---

[14] Un estado de juridicidad es un estado de validez del Derecho; dicha validez puede, ahí está incluso el quid de la cuestión, mantenerse contrafácticamente en cuanto que un comportamiento corruptor de la norma es marginalizado. Pero sin algún cimiento cognitivo, la sociedad constituida jurídicamente no funciona, pues en ella no solo confirman su identidad personas heroicas sino que también individuos temerosos quieren encontrar su modo de supervivencia. Para la mayoría de los ciudadanos, la supervivencia individual está por *encima* de la juridicidad; si no, no habría dictaduras –el que es capaz de morir, no puede ser obligado por la fuerza–. Además de la certeza de que nadie tiene derecho a matar, ha de existir también la de que con un alto grado de probabilidad nadie va a matar. Jakobs y Cancio (2003) p. 47 y ss.

[15] En la traducción de Teresa Manso, se dice (p. 60): "Los individuos son actualmente no personas". Según algunos entendidos en la terminología funcionalista que usa este autor, Jakobs utiliza el concepto de persona como equivalente a "sujeto de derecho", es decir, como subsistema psicofísico de imputación dentro del sistema, y que es esta cualidad la que dejarían de tener aquellos que se colocan de manera permanente al margen del sistema y atacan las bases fundamentales del mismo (sobre este concepto de persona en el funcionalismo, cfr., por ej., Portilla (2004), p. 696 y ss. En Muñoz Conde (2005), p. 131, nota 26.

[16] Jakobs y Cancio (2003), p. 47.

[17] *Op. cit.*, p. 31, nota 21.

[18] Jakobs (2004).

Actualidad Juridica 36.indd 40 01-09-17 11:59

En dicho estado de cosas, quien ha sido ciudadano deja de serlo, pues el mismo atenta y busca socavar el modelo de derechos y obligaciones, de límites y garantías que se aseguran constitucionalmente a todos los ciudadanos. En otras palabras, destaca Jakobs:

> "(...) ya no se trata del mantenimiento del orden de personas tras irritaciones socialmente internas, sino que se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la –*sit venia verbo*– neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados actualmente como personas"[19].

Teóricamente y, como lo pretende demostrar Jakobs, la concepción de *enemigo* posee relevantes aspectos que, incluso desde la Filosofía Jurídica, deben ser considerados[20]. Pese a ello, tal concepción no ha estado exenta de críticas, algunas de las cuales pasamos a revisar.

2. Principales críticas al Derecho penal del enemigo

Resulta evidente cuestionarse acerca de los presupuestos que se encuentran en los cimientos del Derecho Penal del enemigo, primero dados los posibles conflictos que dicha teoría encuentra en la dignidad humana y en principios como el de igualdad ante la ley, debido proceso, proporcionalidad, etc. Asimismo, y efecto de lo anterior, los problemas de constitucionalidad que implican el desconocer la calidad de persona a este *enemigo*.

Cancio Meliá[21], entre otras, critica la concepción pseudorreligiosa con la que se demoniza al enemigo, quien, más que una fuente de peligro, se reconoce como un problema de *competencia normativa del agente* mediante la atribución de *perversidad*. En este sentido, la carga genética del *punitivismo*, la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad, se recombina con la del Derecho Penal *simbólico* –la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social– dando lugar al código del Derecho Penal del enemigo.

Por otro lado, critica, se estarían considerando en la base de la tipificación, además del *hecho*, otros elementos que se rescatan a partir de las carac-

[19] Jakobs (2004), pp. 45-46.

[20] Para Muñoz Conde, quien de alguna manera se "enfrentó con Jakobs", las citas de autoridad a que recurre Jakobs nada dicen sobre el fondo del asunto –haciendo referencia especialmente a la cita de Kant con que Jakobs contesta a Muñoz, haciéndole notar *die Absurdität Ihrer Deutung* "la absurbidad de su interpretación"–, tornando para Muñoz vacíos los argumentos *iusfolosóficos* a que recurre el Derecho Penal del enemigo. En Muñoz Conde (2005), p. 123 y ss.

[21] Jakobs y Cancio (2003), p. 88.

Actualidad Juridica 36.indd 41 01-09-17 11:59

terísticas que debe poseer este *enemigo* –Derecho Penal de autor–, peligrando o cuestionándose el mandato de determinación que exige el principio de legalidad[22].

El mismo autor cuestiona los factores ideológicos que le han servido de base a la teoría –haciendo especial referencia al caso colombiano y cómo el Tribunal Constitucional de dicho país ha declarado inconstitucional algunas normas de este tipo–, y en general, que el Derecho Penal del enemigo no aportaría como un recurso disuasivo o preventivo general en la comisión de estos hechos, sino solo un *demonizador de determinados grupos de infractores*[23].

En Chile, algunos cuestionan el Derecho Penal del enemigo, pues el mismo atentaría contra la dignidad humana, siendo, por tanto, inconstitucional[24]. Una primera incompatibilidad entre el Derecho Penal del enemigo y la dignidad humana consistiría en que este promueve una segmentación de los miembros de la sociedad. Se trata de una regulación jurídica de las relaciones e instituciones sociales que tiende a excluir del acceso de ciertos bienes –específicamente del ejercicio de algunos derechos fundamentales– a ciertos individuos, todo ello, como una medida para proveer una aparente seguridad al colectivo social[25].

Revisando aquellas legislaciones que han tomado dicho rumbo y, como se adelantaba, Muñoz Conde critica de manera profunda los postulados del Derecho Penal del enemigo. En especial y, como caso paradigmático, el de las políticas de detención de Estados Unidos tras los atentados del 11 de septiembre y las posteriores sentencias de la Corte Suprema en los casos Hamdi, Padilla y los detenidos en la base de Guantánamo[26-27].

---

[22] Jakobs y Cancio (2003), p. 88.

[23] *Op. cit.*, p. 89 y ss.

[24] Núñez (2009), p. 383 y ss. Concluye este autor que el denominado Derecho Penal de enemigo –al menos algunas de sus manifestaciones– presenta diversas y profundas tensiones con el concepto de signidad humana, razón por la cual, al ser aquel un concepto constitucionalizado convierte en inválida cualquier iniciativa de su promulgación como norma vigente en un Estado constitucional garantista (y dignatario) de Derecho.

[25] núñez (2009) p. 400.

[26] Cfr. U.S Supreme Court: (2004) Rasul v. Bush, 124 S.Ct.2686; (2004) Hamdi v. Rumsfeld, 124 S.Ct.2633; (2004) Rumsfeld v. Padilla, 124 S.Ct. 2711.

[27] Como destaca Muñoz Conde, la decisión fue relativamente fácil en el caso Hamdi, en la medida en que este recurrente había nacido en el Estado de Louisiana y tenía, por tanto, la nacionalidad estadounidense. Para la inmensa mayoría de los jueces integrantes de la Corte (la votación fue de 8 a 1), un ciudadano estadounidense tenía siempre derecho a plantear en caso de detención gubernativa un recurso de *habeas corpus* ante el juez, ya que el art. 1, sección 9, cláusula 2 de la Constitución americana solo suspende este derecho en caso de "rebelión o invasión, cuando así lo requiera la seguridad pública", y estas circunstancias no se daban en este caso. Pero muchos de los jueces que votaron a favor de esta decisión, lo hicieron en contra en el caso Rasul, en el que la misma petición de *habeas corpus* había sido realizada por un grupo de presos

Actualidad Juridica 36.indd 42 01-09-17 11:59

Señala el autor que una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de derecho, que, por definición, no admite que se pueda distinguir entre "ciudadanos" y "enemigos" (o "amigos" y "enemigos", en la clásica distinción del famoso politólogo nazi Carl Schmitt), como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica. Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de derecho, sobre todo las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en uno puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo[28].

En este sentido, creemos que un Derecho Penal cuyo presupuesto sea el desconocimiento de la calidad de *persona* de este *enemigo*, incluso como categoría jurídica en el modelo de Jakobs –no persona como *no sujeto de derecho*, imposibilidad psíquica de seguridad cognitiva o, inmune a los postulados del Derecho–, resulta inviable desde el prisma de la dignidad humana distinguir, clasificar o excluir personas o grupos de personas mediante un trato diferenciado en su calidad de individuo, resultando así inadmisible un Derecho penal –solo– de autor.

3. Recurso al Derecho penal del enemigo en un Estado de Derecho

La pregunta que debemos hacernos es si, ¿es posible recurrir a los efectos de un Derecho penal del enemigo como herramienta antiterrorista respetando los postulados de un Estado de derecho? Esto es, si, ¿es válida una respuesta más poderosa del Derecho Penal –un derecho penal de *tercera velocidad*– para enfrentar una determinada criminalidad? Creemos que la respuesta no puede ser su rechazo absoluto.

de Guantánamo, doce kuwaitíes y dos australianos, que, entre otras cosas, alegaban que no eran combatientes en la guerra de Afganistán, sino que prestaban servicios de asistencia social en ese país cuando fueron detenidos. El voto en contra de la admisión del recurso fue formulado por el juez Scaglia, y a él se adhirieron los jueces Rehnquist y Thomas. Para el juez Scaglia, el mismo argumento que había servido para admitir el recurso de Hamdi tenía que ser utilizado para rechazar el recurso de unas personas que, cualquiera que fuese la razón por la que se encontraban en Afganistán, no eran ciudadanos americanos y, por tanto, carecían de los mismo derechos que estos, entre ellos el de plantear un recurso de *habeas corpus*. En: Muñoz Conde (2005), p. 129.

[28] *Op. cit.*, pp. 132-133.

Actualidad Juridica 36.indd 43 01-09-17 11:59

Como señalamos, incluso respetando el principio de igualdad ante la ley, sí es posible discutir y eventualmente configurar –respecto de personas o grupos de personas– que, por las especiales características y gravedad de los ilícitos que llevan a cabo, como es el caso de terroristas, especialmente si se organizan para ello, normas penales que se asemejen a los efectos o herramientas de aquella propuesta punitiva de Jakobs, adelantando la punición, incrementando penas o, incluso, restringiendo garantías constitucionales, no sobre la base de su categorización como *no personas*, sino sobre la base de otros presupuestos, como el de igualdad ante la ley, proporcionalidad o sencillamente postulados de política criminal.

En Chile, Carnevali sostiene una hipótesis similar a la nuestra reconociendo también las dificultades del Derecho Penal clásico para enfrentar las nuevas formas de criminalidad. El profesor de Talca afirma que siempre se ha entendido –incluso por pensadores de la Ilustración– que existen ciertos comportamientos que requieren de un tratamiento más riguroso. El propio Beccaria individualizaba a los delitos de lesa majestad como aquellos que destruyen a la sociedad y quienes la representan, siendo, por tanto, los más dañosos. Es más, siendo, en general, contrario a la pena de muerte, sostenía que en algunos casos podía estimarse necesaria cuando los intereses de la seguridad de la nación así lo reclamaban. Por tanto, no parece cierto que se estaría traicionando el ideario iluminista[29].

Y más adelante agrega:

> "Por otro lado, tampoco es admisible que se plantee que un Derecho penal de doble criminalidad se opone al Estado de Derecho. Precisamente, cuando autores como Jakobs, Silva Sánchez o Viganò argumentan en este orden lo hacen pensando en un Derecho penal propio de un régimen democrático, recurriendo a todas sus instituciones. Sostener lo contrario, es caer en discursos ideológicos inconducentes"[30].

Por ello, distinguir punitivamente la dirección de ciertas normas penales para atacar determinadas formas graves de criminalidad no implica *per se* un atentado a la dignidad de las personas o la vulneración de determinadas garantías constitucionales.

En este sentido, recordemos que nuestro Tribunal Constitucional (TC) ha estipulado de manera más o menos uniforme que la igualdad ante la ley en ningún caso supone igualdad universal, señalando:

Que ha precisado al respecto esta Magistratura:

> "la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se

[29] Carnevali (2010), p. 118.

[30] *Op. cit.* p. 119.

Actualidad Juridica 36.indd 44 01-09-17 11:59

impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario" (Rol N° 986/2008).

El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha señalado:

"no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados" (STC 128/1987)[31].

Asimismo, la proporcionalidad en ningún caso implica la proscripción de elevación de penas en determinados casos. En efecto, el TC ha señalado en un fallo reciente:

La proporcionalidad, para efectos constitucionales, alude a cosas distintas. Una primera dimensión dice relación con el principio de proporcionalidad como herramienta metodológica para evaluar la tolerabilidad de la afectación legal a un derecho constitucional, para lo cual analizan total o parcialmente variables tales como, por ejemplo, la idoneidad o necesidad de una medida y/o clasificación legal en relación al fin buscado. Una segunda dimensión, a su vez, hace referencia al principio de proporcionalidad como prohibición de desproporción manifiesta en la determinación de las sanciones (en este caso, penales), la cual se mide en consideración a la gravedad del delito;

Que esta segunda versión del principio de proporcionalidad tiene un rol esencialmente limitador. Y, en el sentido recién expuesto, la gravedad de la conducta pasa a ser un criterio de tolerabilidad constitucional en base al cual contrastar (de modo relacional) soluciones legislativas incidentes en la determinación de las penas;

Que el principio de proporcionalidad tiene variantes, tanto en lo concerniente a la dimensión de la pena (distinguiéndose según la fase para su determinación), así como al tipo de criterio en base al cual ha de reflejarse la gravedad del delito.

Que el principio de proporcionalidad tiene variantes, tanto en lo concerniente a la dimensión de la pena (distinguiéndose según la fase para su determinación), así como al tipo de criterio en base al cual ha de reflejarse la gravedad del delito[32].

[31] STC (2016): Rol N° 2983.
[32] STC (2017): Rol N° 2995.

Actualidad Juridica 36.indd 45 01-09-17 11:59

En efecto, el aumento de penas, el adelantamiento de la punibilidad en determinados y justificados casos o la flexibilización de garantías no implica necesariamente asir o compartir los postulados de un Derecho Penal del enemigo tomando como premisa el desconocimiento a la categoría de *persona* del individuo. Al contrario, el mayor injusto que representan los delitos terroristas necesariamente debe ir acompañado de un mayor reproche, sin que ello signifique desconocer la calidad de persona del sujeto.

Por ello, sí parece posible una normativa, amparada en principios constitucionales, que trate de manera diferente –herramientas del Derecho Penal del enemigo– a quien se comporte de manera diferente –terrorista– en pleno respeto con el principio de igualdad ante la ley, proporcionalidad y dignidad. Quien se organiza para cometer delitos graves en busca de desestabilizar el Estado de derecho y aboga por la anarquía, difícilmente responderá de la misma manera a la amenaza penal común. Una mayor respuesta punitiva parece sensata a la luz de esta realidad.

Asimismo, dicho aumento o adelantamiento de la punibilidad, atendidas las particularidades del hecho cometido, no parece –en principio– atentar contra la proporcionalidad, siempre que dicho aumento no responda al mero arbitrio, sino a los efectos propios de la actividad terrorista.

Y no debiese extrañar tanto a quienes critican con acalorado ímpetu el Derecho Penal del enemigo, normalmente asociados a ideologías de izquierda –mírese sólo el caso de la literatura nacional sobre terrorismo–, pues las mismas prácticas que aquí condenamos, con relación a considerar como *enemigos* o *no personas* a ciertos individuos y, por tanto, limitar ciertas garantías constitucionales respecto de sus procesos judiciales, son aplicadas sin resquemor en los procesos contra militares en causas de DDHH.

En efecto, militares procesados por dichos casos son sometidos a un régimen especial y evidentemente más perjudicial que el resto de los ciudadanos. El procedimiento penal chileno antiguo –inquisitivo– prácticamente se aplica solo a estas personas, limitando, entre otros, el derecho a guardar silencio –hoy consagrado como principio rector en el *Código Procesal Penal*–, siendo forzados de manera imperativa a declarar en diligencias de *careos*; limitándose además la posibilidad de cumplimientos alternativo a la pena –restricciones de acceso a los beneficios de las ley N° 18.216–; desconociéndose abiertamente instituciones que buscan entregar certeza jurídica como la prescripción y, por tanto, la imprescriptibilidad de dichos delitos; incluso con la generación judicial de alambicados tipos penales que insultan los presupuestos más básicos del Derecho Penal –figura del *secuestro permanente*– entre otros. ¿No hay allí un derecho penal del enemigo?

En efecto, no es posible considerar bajo ninguna circunstancia unos u otros individuos como *no personas* ni desconocer su categoría de seres humanos sujetos de dignidad. Ello, sin perjuicio de establecer regímenes especiales de punición que impliquen, en respeto con los principios abordados y,

Actualidad Juridica 36.indd 46 01-09-17 11:59

en especial, los de un debido proceso, dignidad, igualdad y proporcionalidad a quienes se han organizado para cometer delitos de carácter grave.

4. Excurso: Derecho Penal del enemigo como recurso simbólico

Pese a las indudables críticas al modelo de Jakobs, difícil es desconocer, al menos desde el sentido común, que el concepto de *enemigo* en Derecho Penal contiene –*per se*– un fuerte contenido simbólico necesario a este tipo de Derecho. Sin entrar al debate, el abandono y rechazo absoluto del Derecho Penal simbólico no parece sensato, al menos en los tiempos actuales en que los medios de comunicación, redes sociales y globalización en general han tomado un rol preponderante en todo ámbito de cosas, incluso en materia penal.

Parece evidente que toda sanción penal contiene un efecto comunicativo intrínseco, por menor que este sea. Toda condena comunica e informa una advertencia, ya sea dirigida a quien le afecta, su entorno más próximo o la sociedad toda, cual es: si delinques, serás sancionado.

Como destaca Díez Ripollés, al Derecho Penal le es consustancial el uso de los denominados efectos simbólicos y que, en efecto, se ha servido siempre de ellos, por lo general con plena conciencia de su legitimidad para la obtención de sus fines[33].

Toda acción legislativa y, por extensión, también toda acción judicial y de ejecución penal, contiene fines o funciones instrumentales, expresivas e integradores, núcleo de la prevención intimidatoria, individual y colectiva[34]. El solo efecto disuasivo que evoca el concepto de Derecho Penal del enemigo, pareciera ser simbólicamente necesario rescatar.

4. Derecho penal del enemigo en nuestra legislación

Para el Derecho Penal chileno el concepto no es novedoso y, por ello, no debiese llamar la atención. Nuestra legislación reconoce esta *tercera velocidad* o Derecho Penal del enemigo en múltiples normas[35].

[33] Díez Ripollés (2002), p. 67.

[34] *Op. cit.*, pp. 69-70.

[35] Como destaca Carnevali y "como se ha dicho hasta el cansancio, el "viejo y buen Derecho penal liberal" que se cimenta sobre estrictas garantías frente al poder punitivo del Estado nunca ha existido. Incluso, los procesos codificadores que tuvieron lugar durante el siglo XIX, y que recogieron los principios de ascendencia iluminista, también dispusieron de sendos títulos

Actualidad Juridica 36.indd 47 01-09-17 11:59

Así, la misma Ley N° 18.314 que "Determina conductas terroristas y fija su penalidad" (en adelante, "ley terrorista"), consagra en su artículo 3° bis una elevación de penas tratándose de ciertos delitos –ya tipificados por la ley común–, pero que se cometan con la finalidad de provocar temor fundado en toda o una parte de la población de ser víctimas de delitos de esta especie. En efecto, la norma señala:

> Artículo 3° bis.- Para efectuar el aumento de penas contemplado en el artículo precedente, el tribunal determinará primeramente la pena que hubiere correspondido a los responsables, con las circunstancias del caso, como si no se hubiere tratado de delitos terroristas, y luego la elevará en el número de grados que corresponda.

En el mismo sentido, el artículo 5° de la ley se remite directamente a nuestra Carta Fundamental, la cual consagra, entre otras, inhabilidades de hasta quince años para ejercer cargos públicos:

> Artículo 5°.- Sin perjuicio de las penas accesorias que correspondan de acuerdo con las normas generales, a los condenados por alguno de los delitos contemplados en el artículo 1° y 2° les afectarán las inhabilidades a que se refiere el artículo 9° de la Constitución Política del Estado[36].

Se reconoce, asimismo, un claro adelantamiento de la punibilidad en la ley terrorista chilena al sancionar expresamente la *conspiración*. Recordemos que nuestro C*ódigo Penal* trata la conspiración de manera excepcional, señalando en su artículo octavo:

> La conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente.

referidos a los delitos contra la seguridad del Estado, con reglas especiales y más rigurosas que respecto de los delitos "tradicionales". En: Carnevali (2010), pp. 118-119.

[36] C*onstitución Política de la República*: Artículo 9°.- El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.

Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.

Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo.

Actualidad Juridica 36.indd 48 01-09-17 11:59

En efecto, la ley terrorista adelanta la punibilidad de estas conductas, incluso sancionando la *amenaza*. Así, su artículo séptimo reza:

> Artículo 7º.- La tentativa de cometer alguno de los delitos a que se refiere esta ley se castigará con la pena asignada al respectivo ilícito, rebajada en uno o dos grados. La conspiración para cometer alguno de esos delitos se sancionará con la pena señalada por la ley al delito rebajada en dos grados. Lo expuesto en el presente inciso es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3º bis.
>
> La amenaza seria y verosímil de cometer alguno de los delitos mencionados en esta ley será sancionada con las penas de la tentativa del delito respectivo, sin efectuarse los aumentos de grados señalados en el artículo 3º. Lo expuesto precedentemente no tendrá lugar si el hecho mereciere mayor pena de acuerdo al artículo 296 del Código Penal.

A mayor abundamiento, y flexibilizando ciertas garantías de carácter procesal del imputado por delito terrorista, el inciso primero y segundo del artículo 11 de la ley terrorista consagra:

> Artículo 11.- Siempre que las necesidades de la investigación así lo requieran, a solicitud del fiscal y por resolución fundada, el juez de garantía podrá ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y para formalizar la investigación.
>
> En la misma resolución que amplíe el plazo, el juez de garantía ordenará que el detenido ingrese en un recinto penitenciario y que el detenido sea examinado por el médico que el juez designe, el cual deberá practicar el examen e informar al tribunal el mismo día de la resolución. El nombramiento en ningún caso podrá recaer en un funcionario del organismo policial que hubiere efectuado la detención o en cuyo poder se encontrare el detenido.

En cuanto a las medidas que se pueden adoptar, una vez formalizada la investigación, el artículo 14 de la ley señala:

1.- Recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto.
2.- Establecer restricciones al régimen de visitas.
3.- Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica.

Finalmente, y entre otras, la ley consagra reglas especiales de protección de identidad de testigos y peritos (artículo 15 y ss. de la ley terrorista –testigos y peritos protegidos–) para que, por ejemplo, no conste en los registros de las diligencias que se practiquen: sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, incluso con cambio de identidad tras el juicio.

Actualidad Juridica 36.indd 49 01-09-17 11:59

Con similares características y fuera de la ley terrorista, nuestra normativa sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ley N° 20.000, consagra normas que reflejan actualmente características propias de un derecho penal del enemigo, con un claro aumento de penas (artículo 19 que consagra circunstancias agravantes especiales) y un llamativo adelantamiento de la punibilidad, incluso asimilando la consumación a la tentativa. En efecto, las normas consagradas en los artículos 17 y 18 rezan, respectivamente:

> Artículo 17.- La conspiración para cometer los delitos contemplados en esta ley será sancionada con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado.
> Artículo 18.- Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución.

En este sentido, las propuestas punitivas del Derecho Penal del enemigo se manifiestan sobradamente en nuestro ordenamiento, sin que por ello se vulnere o desconozca la categoría de personas a quienes atentan contra bienes jurídicos de manera radical, o cuyas conductas resultan especialmente peligrosas para el Estado de derecho, siendo válido acudir a sus efectos dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, principios sustan tivos y procesales y dignidad humana.

Conclusiones

El Derecho Penal del enemigo, propuesto primeramente por Jakobs, propone un adelantamiento de la punibilidad, aumento de penas y limitación de ciertas garantías constitucionales, especialmente de carácter procesal, en atención a la mínima seguridad cognitiva que presentan determinados sujetos –*enemigos*–, pues de acuerdo con su configuración normativa de la sociedad y dada la especial peligrosidad que representan, no es posible considerarlos como *sujetos de derecho*.

No es posible sustentar un derecho penal del enemigo, categorizando y excluyendo del marco de garantías a determinadas personas, pues ello vulnera principios arraigados en nuestra Constitución. En este sentido, postular como una *no persona* al terrorista resulta inadmisible en un Estado de derecho.

No ocurre lo mismo con las *herramientas* normativas que entrega el modelo de Jakobs para enfrentar determinados tipos de criminalidad, pues algunos de sus postulados son difícilmente cuestionables y merecen ser reconsiderados en el marco, como denomina Silva Sánchez, de un derecho penal de *tercera velocidad*, dadas las insuficiencias del Derecho Penal clásico o liberal para enfrentar el terrorismo.

Al Derecho Penal le es consustancial el uso de los denominados efectos simbólicos y se ha servido siempre de ellos, por lo general con plena con-

Actualidad Juridica 36.indd 50 01-09-17 11:59

ciencia de su legitimidad para la obtención de sus fines. El concepto de Derecho penal del enemigo evoca un efecto disuasivo y simbólico que merece ser reflexionado, dado el efecto comunicativo intrínseco que posee.

Bibliografía

Carnevali, Raúl (2010): "El Derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 35 N° 2: pp. 109-145.

Díez Ripollés, José Luis (2002): "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 35 N° 103: pp. 409-447.

Fichte, Johann (1796): "*Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*", en *Sämtliche Werke* (Edición a cargo de H. Fichte, *Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts- und Sitenlehre*) Tomo I.

Hobbes, Thomas (1984): *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und burgerliche Staates* (Edición a cargo de Fetscher, traducción de Euchner, Capítulo 28).

Jakobs, Günther (1999): "La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente" en *Estudios de Derecho Judicial*, N° 20: pp. 119-146.

Jakobs, Günther (2004): *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (Madrid, Thomson Civitas).

Jakobs, Günther, y Cancio Meliá, Manuel (2003): *Derecho penal del enemigo* (Madrid, Thomson Civitas).

Kant, Immanuel, Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen, en *Werke*.

Muñoz Conde, Francisco (1999): *Derecho Penal, parte especial* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

Muñoz Conde, Francisco (2005): "De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"" en *Revista Penal Universidad de Huelva*, N° 16: pp. 123-137.

Núñez, José Ignacio (2009): "Un análisis abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario" en *Política Criminal*, Vol. 4 N° 8: pp. 383-407.

Portilla Contreras (2004): "El derecho penal y procesal del "enemigo": las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos" en José Miguel Zugaldía y Jacobo López (coord.) *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo* (Madrid, Marcial Pons) pp. 693-720.

Rousseau, Jean-Jacques (1959): *Staat und Gesellschaft, "Contrat social"* (Traducido y comentado por Weigend, Libro segundo, Capítulo V).

Silva Sánchez, Jesús-María (2001): *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales* (Segunda Edición, Madrid, Civitas).

Actualidad Juridica 36.indd 51 01-09-17 11:59

Zarrouk, Mourad (2011): "Orígenes del terrorismo global: una propuesta de análisis" en *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad (Bogotá)*, Vol. 6 N° 1: pp. 13-46.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2016): Rol N° 2983, 13 de diciembre de 2016.

Tribunal Constitucional (2017): Rol N° 2995, 27 de marzo de 2017.

Tribunal Oral en lo Penal de Angol (2003) RUC N° 0100083503-6, 14 de abril de 2003.

U.S. Supreme Court (2004): Rasul v. Bush, 124 S.Ct. 2686, 28 junio 2004.

U.S. Supreme Court (2004): Hamdi v. Rumsfeld, 124 S.Ct. 2633, 28 junio 2004.

U.S. Supreme Court (2004): Rumsfeld v. Padilla, 124 S. Ct. 2711, 28 junio 2004.

Actualidad Juridica 36.indd 52 01-09-17 11:59

ENSAYOS Y ESTUDIOS

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actualidad Jurídica 36.indd 58 01-09-17 11:59

HACIA LAS REGULACIONES COMPENSABLES AL DERECHO DE PROPIEDAD EVALUACIÓN A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

TO THE COMPENSATORY RIGHTS REGULATIONS EVALUATION TO THE JURISPRUDENCE OF THE CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT

Ignacio Covarrubias Cuevas[*]

Resumen: El propósito de este trabajo es doble: por una parte, exhibir los criterios jurisprudenciales más actuales del Tribunal Constitucional de Chile en relación con limitaciones al derecho de propiedad. Por la otra, efectuar una breve evaluación crítica sobre tales criterios. Todo ello con el afán de contribuir a morigerar la afirmación binaria de que las privaciones al derecho de propiedad son indemnizable, pero no las limitaciones a su ejercicio, menos aún cuando estas han sido motivadas por su función social. Con tal objeto, exhibiremos algunos criterios formulados por el TC chileno para luego contrastar estos estándares con aquellos que han sido incorporados por tribunales extranjeros que, sin superar del todo el binomio privación compensables vs. restricción no compensable, han formulado criterios que al menos lo moderan o problematizan.

Palabras clave: Derecho de propiedad – Tribunal Constitucional – Función Social – Limitaciones – Regulaciones.

Abstract: The purpose of this paper is twofold: on the one hand, to present the most current jurisprudential criteria of the Constitutional Court of Chile in relation to limitations on property rights. On the other hand, make a brief critical evaluation of such criteria. All this with the aim of contributing to

* Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: icovarrubias@udd.

Actualidad Juridica 36.indd 55 01-09-17 11:59

reduce the binary assertion that deprivations to the right of property are compensable but not the limitations to their exercise, especially when these have been motivated by their social function. To this end, we will present some criteria formulated by the Chilean TC and then contrast these standards with those that have been incorporated by foreign courts that without completely overcoming the compensatory deprivation vs. Restriction cannot compensable have formulated criteria that at least moderate or problematize said binomial.

Key words: Property Law – Constitutional Court – Social Function – Limitations - Regulations.

* * *

I. Objeto del trabajo

Para advertir que en esta materia se ha producido algún grado de fertilización cruzada, no solo acudiremos a mostrar ejemplos de las instancias judiciales más prominentes del Derecho Comparado, a saber, la Corte Suprema estadounidense (CS de EE.UU.), el Tribunal Constitucional Federal alemán (TC alemán), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sino también ilustrar que algunos tribunales constitucionales de Sudamérica –Tribunal Constitucional de Colombia (TC de Colombia) y Tribunal Constitucional de Perú (TC de Perú)– también han sido receptivo a algunos de los criterios aludidos.

La idea es mostrar que, salvando las particularidades de cada país y las distintas regulaciones constitucionales y de cada caso, los estándares jurisprudenciales formulados en otras jurisdicciones pueden ser observados y acogidos sin necesariamente alterar el marco constitucional vigente en nuestro país. Por motivos de espacio y de propósitos, no ha sido posible contextualizar las diferencias de matices por lo que pediremos que los lectores nos excusen si hay algunas distinciones o prevenciones que han sido pasadas por alto.

En primer lugar, exhibiremos lo que la Constitución chilena regula en materia de privación y limitaciones al derecho de propiedad. Luego continuaremos con una síntesis sobre los criterios más recurrentes y de última data que ha formulado el Tribunal Constitucional chileno (TC o TC chileno) en relación con la privación y limitaciones a la propiedad. En tercer término, nos referiremos a ciertos criterios a los que han acudido algunos tribunales para discernir el carácter excesivo o desproporcionado de regulaciones al derecho de propiedad. Finalmente, haremos algunas observaciones críticas de algunos fallos del TC, tanto a partir de lo señalado por algunos autores nacionales, extranjeros como, asimismo, a la luz de algunos aspectos contenidos en los criterios formulados por los casos de Derecho Comparado previamente expuestos.

Actualidad Juridica 36.indd 56 01-09-17 11:59

II. Lo que dice la Constitución: privación y limitaciones en nombre de la función social de la propiedad

La Constitución chilena (en adelante Constitución, Carta Fundamental o CP) autoriza al legislador para interferir el derecho de propiedad bajo dos modalidades, que se corresponden con la generalidad de las intervenciones a la propiedad permitidas en el Derecho Comparado: la privación (o expropiación), por un lado, y las restricciones, limitaciones, cargas u obligaciones (regulaciones), por el otro.

Para la CP

> "sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social".

La otra modalidad de intervención consiste en privar al titular "de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio"[1], mediante ley que autorice el procedimiento expropiatorio, caso en el cual dispone la obligación de indemnizar al titular del derecho. Tratándose de las limitaciones y obligaciones al ejercicio del dominio, la Carta Fundamental guarda silencio respecto de la necesidad de reparar dichas restricciones.

Interesante es subrayar que la Constitución no solo contempla la privación "de su propiedad" o "del bien sobre que recae" sino, también, "de alguno de los atributos o facultades esenciales de dominio", situación que da origen a un procedimiento expropiatorio que obliga a indemnizar al propietario. Esta hipótesis da lugar a que se diga que existen "verdaderas privaciones (parciales) del dominio, el cual (formalmente) es mantenido en manos del propietario". Al mismo resultado, afirma el mismo autor, se podría llegar en aquellos casos en que la ley estableciere "verdaderas privaciones mediante la forma de obligaciones"[2], autorizadas en nombre de la función social de la propiedad.

En fin, pareciera que conforme al texto de la CP, las privaciones, totales o parciales, dan derecho a indemnización, pero no así las privaciones-parciales que son autorizadas legalmente bajo la modalidad de regulaciones derivadas de la función social de la propiedad. Veremos de qué manera la jurisprudencia del TC chileno se ha aproximado a la referida distinción.

---

[1] *Constitución Política de la República* (Chile), artículo 19 Nº 24, inciso 2.

[2] Peñailillo (2006), p. 97 y nota al pie 115. También admite las privaciones parciales: Miranda (2015), pp. 37-63.

Actualidad Juridica 36.indd 57 01-09-17 11:59

III. Criterios generales del TC chileno sobre privación. Limitaciones al derecho de propiedad

1. Distinción entre restricción/privación y reconocimiento inicial de normas que pueden producir privación-parcial

Para el TC, la privación y la restricción (o regulación como modalidad genérica de limitación y restricción) son conceptos que se diferencian absolutamente por su objeto. Mientras

> "un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, (…) el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa"[3].

En una sentencia posterior, asume como sinónimos la privación y la expropiación, al señalar que "la expropiación sustituye la afectación de la privación haciendo desaparecer la vulneración del derecho por parte del legislador"[4].

En un principio, el TC reconoció que las limitaciones al dominio podrían generar privaciones (parciales) al mismo. Así, en uno de los casos sobre Acceso a playas, estimó que la vía de acceso al mar impuesta gratuitamente sobre un bien raíz

> "causaría una privación parcial significativa de los atributos del ejercicio del derecho de propiedad, como son especialmente el uso y el goce del terreno".

Señaló entonces que la regulación

> "puede permitir un tránsito peatonal y de vehículos y obligará a dichos propietarios colindantes a adoptar una serie de medidas que no hay duda que causarán daño y además, si bien no les priva del dominio del terreno de la vía de acceso, se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio. (…) no hay privación total del uso y goce pero si una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que éste debe ser indemnizado"[5].

[3] STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica), c. 22°. Asimismo, (2009): Rol N° 1295-2008, c. 93°.

[4] STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 9° (Monumentos Nacionales).

[5] STC (1996): Roles N° 245 y 246-1996, c. 34°.

Actualidad Juridica 36.indd 58 01-09-17 11:59

En tal evento, una limitación significativa al uso y goce del derecho de propiedad resultaba equiparable a una privación parcial al dominio, por lo que dicha normativa se estimó contraria a la Constitución, entre otros motivos, por no contemplar una indemnización. Con posterioridad, y en casos donde se discutió el mismo precepto legal, el TC consideró que la servidumbre impuesta gratuitamente no constituía una privación, sino que una limitación justificada (y en ocasiones proporcionada) en vistas al fin legítimo de dar acceso al goce de bienes nacionales de uso público como son las playas.

A partir de un cambio de criterio en los casos venideros sobre Acceso a playas, lo que antes era privación parcial ahora pasará a ser limitación o, bien, carga pública, fundada en la función social de la propiedad, aspecto al que nos referiremos.

2. La función social busca armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad, sin desconocer las facultades esenciales del dominio

Ha afirmado el TC:

> "la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. El dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades que buscan armonizar los intereses del duelo con los de la sociedad constituyen la función social de la propiedad".

Asimismo, ha agregado: "las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales". Por ende, afirma el tribunal, "la función social es un límite intrínseco de la propiedad"[6].

Al observar la función social como un elemento configurador del contenido del derecho de propiedad, agrega que la concretización legislativa de este rol social

> "implica reducir algunas de las posibilidades de actuación individual del propietario, pero en cuanto limitación u obligación que es consustancial a su derechos de propiedad, no generando indemnización , puesto que, teóricamente, no hay daño que lamentar"[7].

Una vez configurada la limitación u obligación por el legislador, esta pasaría a formar parte del contenido interno o delimitador del derecho, por lo que

[6] STC (1996): Roles N° 245 y 246-1996, c. 22° y 25°; (2012): Rol N° 1991-2011, c. 42°; (2012): Rol N° 1993-2011, c. 42°, y (2014): Rol N° 2299-2012, c. 7°.

[7] STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 8° (Monumentos Nacionales).

Actualidad Juridica 36.indd 59 01-09-17 11:59

dejaría de ser un elemento que constriñe al derecho desde afuera (como lo sería la expropiación). Desde este prisma, si la carga es parte constitutiva del derecho mismo, ella no puede estimarse un daño indemnizable, pues solo cabe al titular del derecho soportarla en aras del bien común (o de una manifestación de este como lo es la función social del dominio).

Este enfoque lo sostiene el TC al estimar constitucional, por ejemplo, la obligación de la empresa inmobiliaria de ceder gratuitamente una porción de los terrenos para fines de urbanización. Afirma el tribunal que dicha cesión gratuita es un modo:

> "de conciliar en forma prudente y justa los intereses personales del urbanizador con los de la sociedad toda, arbitrando los medios necesarios para que el Estado cumpla su fin primordial, cual es el bien común"[8].

Bajo esta lógica, afirmamos en otra sentencia que el carácter gratuito de las servidumbres mineras manifiestan un caso de restricción, no de privación, al derecho de propiedad minera, por lo que la obligación impuesta "no sería indemnizable de acuerdo a la regla general dispuesta en el artículo 19 Nº 24, inciso segundo, de la Constitución"[9]. Con todo, en este caso el

> "legislador consideró que, a pesar de la naturaleza de la limitación al dominio, debía existir indemnización. Sin esa remisión expresa efectuada por el constituyente, el legislador habría excedido lo que corresponde a una limitación a la propiedad, por esencia no indemnizable"[10].

Los fallos aludidos entregan tres claves: una, el carácter gratuito de las restricciones (salvo excepción constitucional expresamente prevista para las servidumbres mineras). También en los casos futuros sobre Acceso a playas. Dos, que el legislador no estaría autorizado para contemplar indemnizaciones, dado el carácter no indemnizable de las limitaciones. Sentencias posteriores añadieron que el derecho de propiedad sobre bienes incorporales no impide limitarlos en razón de la función social de la propiedad, por lo que los derechos adquiridos sobre las cosas incorporales que nacen de contratos entre privados tampoco están inmunes a ser limitados o regulados, a fin de "balancear los legítimos intereses públicos con la defensa de la propiedad privada", conforme a la Carta Fundamental[11].

La tercera clave afirma que la función social supone una relación armonizadora entre el derecho de propiedad y las exigencias de su función

[8] STC (1997): Rol N° 253-1997, c. 10º.

[9] STC (2009): Rol N° 1284-2008, c. 21º.

[10] STC (2009): Rol N° 1284-2008, c. 21º.

[11] STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica), c. 17º a 19º. Asimismo, (2010): Rol N° 1309-2010, c. 2º y 4º y (2012): Roles N° 1993, 2043, 2077, 2078, 2079-2011, c. 44º.

Actualidad Juridica 36.indd 60 01-09-17 11:59

social por lo que la reducción de las facultades del dueño en pos del bien común no debe ser desequilibrada. Hay fallos que señalan:

> "que el derecho que se contrapone a la propiedad debe involucrar un claro interés social que supera el mero interés individual del propietario privado"[12],

lo cual abriga la duda de si el interés del propietario es exclusivamente individual o también es parte del bien común que obliga a unos a sacrificar sus intereses pero no sin armonía ni proporcionadamente.

Si bien Molinera del Norte[13] deja de subrayar el escrutinio que cabe al TC para verificar si la aplicación de un precepto legal satisface en concreto la armonización entre interés público y privado que exige la función social –bastando que la norma examinada equilibre *in abstracto* uno y otro– esta tenue tendencia no ha sido reiterada, mientras en situaciones similares, véase Curtidos Bas, la normativa fue declarada inaplicable por constituir "una supresión virtual de las prerrogativas inherentes al dominio"[14], por lo que el asunto, aunque abordado en sede privación/contenido esencial, conlleva el reconocimiento que la función social no supone el sacrificio de alguno de los atributos de la propiedad.

3. Las limitaciones/regulaciones al dominio son inconstitucionales si afectan el contenido esencial del derecho

El TC chileno ha afirmado que cuando existe una limitación a la propiedad

> "el intérprete de la norma deberá verificar si se ajusta o no al ejercicio de la función social de la propiedad y, en consecuencia, deberá declarar o no su inconstitucionalidad, atendiendo al límite derivado de la protección a la esencia del derecho"[15].

Lo que está diciendo el tribunal es que dado que las regulaciones que constriñen el ejercicio del derecho de propiedad en nombre de la función social son legítimas, la constitucionalidad o inconstitucionalidad podría encontrarse en aquellas situaciones en que la referida regulación traspasa el umbral de la garantía general, que resguarda el contenido esencial de los derechos fundamentales, prohíbe imponerles regulaciones que hagan imposible su libre ejercicio o en ambos casos[16].

---

[12] STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 11° (Monumentos Nacionales).

[13] STC (2015): Rol N° 2644-2014, c. 80° (Molinera del Norte).

[14] STC (2015): Rol N° 2684-2014, c. 22° (Curtidos Bas).

[15] STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 9° (Monumentos Nacionales).

[16] *Constitución Política de la República* (Chile), artículo 19 Nº 26: "Los preceptos legales que por mandato de la Constitución regula o complementa las garantías que ésta consagra o que

Actualidad Juridica 36.indd 61 01-09-17 11:59

Al aplicar la señalada garantía constitucional sobre el contenido esencial de los derechos en relación al derecho de propiedad, el tribunal ha dicho que la Carta Fundamental ha preservado

> "como núcleo esencial de protección del derecho de propiedad los atributos del dominio consistentes en el derecho de usar, gozar y disponer de la propiedad"[17].

Por lo visto, la garantía general de resguardo al contenido esencial de los derechos fundamentales es aplicable para el evento de limitaciones/restricciones/regulaciones/obligaciones al derecho de propiedad y excepcionalmente en aquellas situaciones de normas legales que no pretenden privar al derecho, pero cuyos efectos regulativos pueden ser equiparables a los de una privación.

De este modo, si bien el TC ha señalado

> "que la imposición de limitaciones u obligaciones en razón de la función social de la propiedad(...)no puede implicar que las limitaciones y obligaciones que se imponen a la propiedad se transformen en una privación del derecho, del bien sobre el que recae o de alguno de sus atributos esenciales"[18],

en el mismo fallo ha reconocido:

> "para determinar si una 'situación particular de una lesión a un atributo del dominio' la regulación constituye 'una privación o una limitación u obligación', debe considerarse 'la naturaleza de la regulación, su objeto preferente y el alcance o incidencia limitativa sobre el derecho de propiedad. En tal sentido, la magnitud de la regulación es relevante generando una posibilidad excepcional de privación"[19].

Añade: "Este exceso de poder no se compensa con dinero ni con indemnizaciones ad-hoc, sin perjuicio de que genere responsabilidad pecuniaria"[20].

En Curtidos Bas, la orden de traslado –autorizada por la ley–

> "para el afectado implica –en realidad– una ablación, esto es, la pérdida del derecho a permanecer en el inmueble de su propiedad, para seguir desarrollando las mismas actividades a que él lícitamente las destinó.

las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

[17] STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 9° y 10° (Monumentos Nacionales).

[18] *Op. cit.*, c. 9° (Monumentos Nacionales).

[19] *Op. cit.*, c. 8° (Monumentos Nacionales).

[20] *Op. cit.*, c. 9°, en referencia al (2008), Rol N° 943-2007, c. 16°: "la responsabilidad civil como deber de indemnizar el daño inferido a otro es también procedente tratándose de la lesión de un derecho constitucional".

Actualidad Juridica 36.indd 62 01-09-17 11:59

> Privación que se produce aunque formalmente conserve el título de propietario (...) independientemente de su denominación. Así, en la especie toma forma una supresión virtual de las prerrogativas inherentes al dominio"[21].

En fin, las regulaciones al derecho de propiedad, incluso aquellas fundadas en su función social, pueden ser inconstitucionales por afectar el contenido esencial del derecho y, asimismo, por su magnitud, que hace equiparable los efectos de la normativa a los de una privación. En uno y otro caso, la regla legal afectaría el contenido esencial del derecho, sin perjuicio de que en la segunda hipótesis vulneraría, asimismo, el mismo derecho de propiedad en cuanto a no ser privado de la propiedad o de sus atributos o facultades esenciales.

4. Si la limitación torna ilusorio ciertos atributos del dominio constituye una privación parcial

En el primer caso sobre Acceso a playas se examinó la constitucionalidad de un decreto que reglamentaba el procedimiento por el cual los dueños de terrenos colindantes a playas, ríos y lagos debían facilitar gratuitamente el acceso a estos, para fines turísticos y de pesca, si no existieren otras vías con tal fin. El TC afirmó que si bien aquí

> "no hay privación total del uso y goce", "se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que éstas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio",

pues "hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que (...) causa daño y que éste debe ser indemnizado"[22].

Conforme a este criterio, lo que hace que una restricción intensa al uso y goce del dominio quepa calificarlo como un caso de privación parcial a dichas facultades es que la reglamentación haga "ilusorio" el ejercicio de las mismas, además de causar daño al propietario. La diferencia entre limitación y privación parcial no estriba únicamente en la magnitud de la restricción sino en que esta imposibilite, parcialmente, el ejercicio del uso y goce. El *quantum* no es lo único que importa sino que este debe generar un efecto neutralizador en las facultades del propietario[23].

---

[21] STC (2015): Rol N° 2684-2014, c. 22° (Curtidos Bas), previamente en sentido contrario, STC (2015): Rol N° 2644-2014, c. 80° (Molinera del Norte).

[22] STC (1996): Roles N° 245 y 246-1996, c. 34°.

[23] Contra Matute (2014) p. 118, para quien este caso es un ejemplo de la doctrina del *quantum*.

Actualidad Juridica 36.indd 63 01-09-17 11:59

En Rentas Vitalicias se afirmó que hay privación del dominio:

> "no sólo (...) cuando se le despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados"[24].

El concepto de privación comprendería una modalidad de infracción a la garantía que prohíbe afectar los derechos en su esencia o imponer regulaciones que impidan el libre ejercicio del derecho. En Curtidos Bas es reiterada esta idea[25].

5. *Las limitaciones fundadas en la función social deben respetar el principio de igualdad y el de proporcionalidad*

En el caso Monumentos Nacionales, una empresa constructora que adquirió un terreno para llevar a cabo un proyecto inmobiliario cuestionó la posterior Declaración de Zona Típica o Pintoresca, pues obligaba al dueño a alterar su proyecto y sujetarlo a las normas administrativas que dictara el Consejo de Monumentos Nacionales, lo que a juicio del reclamante ponía en entredicho su derecho a edificar. La sentencia de empate sostiene que las limitaciones al derecho de propiedad, fundadas en la función social, deben respetar el adecuado equilibrio entre el derecho de propiedad y otros derechos fundamentales que puedan verse comprometidos, como el principio de igualdad y el de proporcionalidad.

El primer principio implica que la carga impuesta al propietario

> "no debe ser exclusiva ni excluyente de las limitaciones que puedan sufrir otros propietarios que se encuentren en la misma situación en atención a la entidad o naturaleza de la razón involucrada en el ejercicio de la función social de la propiedad".

Estas cargas, personales o patrimoniales (que no sean tributos), deben

> "ser repartidas entre todos los llamados a soportarlas, de manera igualitaria y equitativa. Por lo que la igualdad ante las cargas públicas (...) es, pues, una aplicación del principio general de isonomía o de igualdad ante la ley"[26].

---

[24] STC (2001): Rol N° 334-2001, c. 19°.

[25] STC (2015): Rol N° 2684-2014, c. 22° (Curtidos Bas): "la privación del dominio no sólo acontece cuando se quita o despoja al dueño de lo suyo, en su totalidad, sino también cuando al titular –aun conservando nominativamente tal carácter– se le desposee, parcialmente, de alguno de los atributos o facultades esenciales que caracterizan la propiedad, según ha señalado este Tribunal".

[26] STC (2007): Rol N° 790-2007, c. 38° (Disminución reajuste pensiones) y (2014): Rol N° 2299-2012, c. 11°.

Actualidad Juridica 36.indd 64 01-09-17 11:59

Conforme al segundo principio, la proporcionalidad,

> "el gravamen o detrimento –especialmente económico– que se deriva de la limitación que se impone no debe ser de tal naturaleza que haga desaparecer el derecho o deje sin posibilidad de concretar el ejercicio de sus atributos esenciales, pues, en tal caso, se estaría frente a una expropiación en los términos regulados por el inciso tercero del artículo 19 N° 24° de la Carta Fundamental, figura que, en el Derecho Comparado, se denomina 'expropiación regulatoria.' En este sentido, este Tribunal ha sostenido: 'Una limitación a la propiedad es proporcional cuando impone al dueño una obligación indispensable para la satisfacción de una finalidad de interés público. La proporcionalidad del medio empleado aparece de manifiesto si opera cuando no existan alternativas disponibles, sólo para fines determinados y previa intervención de la autoridad, con audiencia del afectado, y existe una instancia de reclamo ante los tribunales de justicia'"[27].

El TC ha precisado también que una carga desproporcionada es contraria a la idea misma de función social de la propiedad. Si la provisión de una carga u obligación, en nombre de la función social del dominio, resulta desproporcionada o excesiva para los titulares de derecho, la gratuidad impuesta sería contraria a la noción misma de función social, pues tal institución "significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad"[28].

Así, las señaladas garantías exigidas al legislador no vienen sino a constituir manifestaciones del equilibrio que la función social exige entre los intereses del dueño y los de la sociedad.

6. La magnitud o impacto de una regulación puede producir privación al derecho de propiedad

La mayoría de las sentencias del TC chileno sobre derecho de propiedad fueron en un principio reticentes a proveer criterios que contribuyan a discernir sobre si el impacto o efecto de una norma legal podría estimarse inconstitucional al equipararse a una privación, pues ello contravendría la idea de que las

[27] STC (2009): Rol N° 1215-2008, c. 28° (Acceso a playas) y (2014): Rol N° 2299-2012, c. 11°. Parece haber una cierta dicotomía entre dos ideas contenidas en el párrafo citado: por un lado, se dice que la proporcionalidad no debe imposibilitar el ejercicio de los atributos del dominio, mientras que, enseguida, se afirma que una limitación es proporcional cuando impone una carga indispensable para lograr un fin público y no hay alternativas posibles, pero no se aclara que si la única alternativa es despojar una o varias facultades, ello podría o no ser privación, pero en cualquier caso sí sería desproporcionado.

[28] STC (1996): Roles N° 245 y 246-1996, c. 22° y 25°; (2012): Rol N° 1991-2011, c. 42°; (2012): Rol N° 1993-2011, c. 42°; (2014): Rol N° 2299-2012, c. 7°.

Actualidad Juridica 36.indd 65 01-09-17 11:59

> "limitaciones efectuadas con motivo de la función social no pueden transformarse en una privación del derecho, del bien sobre el que recae o de alguno de sus atributos esenciales"[29].

Sin embargo, el mismo fallo se hace eco de la idea, contenida en fallos precedentes, de que "la magnitud de la regulación" posibilita "una posibilidad excepcional de privación"[30]. Esto, sin perjuicio de otros que recogen este y otros criterios, como el impacto económico neto de la interferencia regulatoria, para determinar su constitucionalidad[31].

Hay sentencias en las que la intensidad de la restricción es constatable, pero no aparece como uno de los criterios más relevantes del fallo, no obstante se aprecie como un elemento secundario, por lo que no nos referiremos por ahora a ellos[32].

6.1 La magnitud del impacto regulatorio permite discernir si una restricción es privativa

El TC ha dictado varios fallos en los que se pronuncia sobre el alcance de una regulación legal. Asume:

> "la magnitud de la regulación no resulta indiferente. Por una parte porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. (...) alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta"[33].

Otro tanto añade al señalar que más allá de los casos

> "claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes) (...) si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo 'regulaciones expropiatorias'".

---

[29] STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 9° (Monumentos Nacionales).

[30] *Op. cit.*, c. 8° (Monumentos Nacionales).

[31] Estos dos patrones son identificados por Zapata (2008), p. 585.

[32] STC (1992): Rol N° 146-1992 y (1993): Rol N° 167-1993 (Letreros Camineros I y Letreros Camineros II), a modo ejemplar.

[33] STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica), c. 22°; (2009): Rol N° 1295-2008, c. 93° y (2014): Rol N° 2299-2012, c. 24°.

Actualidad Juridica 36.indd 66 01-09-17 11:59

Añade el mismo considerando:

> "Nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales y, fundado en ello, esta Magistratura ha estimado que ciertas regulaciones resultan inconstitucionales por privar a los propietarios de atributos esenciales de su dominio, como por ejemplo en el proyecto de ley sobre pensiones de seguridad social (considerandos 19º y 20º del fallo de 21 de agosto de 2001, rol 334)"[34].

Luego, reiterará que "la magnitud de la regulación" que abre "una posibilidad excepcional de privación"[35] es un factor crucial entre otros que deben ser examinados (naturaleza y objeto de la regulación).

Admite el tribunal:

> "que una alteración cualquiera en el precio (de un contrato) no implique privación de la propiedad no equivale a afirmar que cualquiera alteración en el precio no pueda serlo. En efecto, si la magnitud de la alteración fuese de tal naturaleza que impidiera la razón de ser del contrato, entonces la titular podría efectivamente sostener que se le ha privado de propiedad. Desde un punto de vista objetivo, la razón de ser de un contrato es su utilidad económica. La razón por la cual se contrata en los mercados es el lucro"[36].

Así, pues, el procedimiento expropiatorio que da lugar a la indemnización procedería no solo frente a una privación completa sino que, también, cuando una restricción impactare significativamente al derecho, caso que se estimaría análogo a una privación total. Una restricción "no significativa" en la esfera de las facultades o atributos del dominio daría a entender que ella debe ser soportada por el titular, como consecuencia de las cargas que impone la función social de la propiedad.

---

[34] STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica), c. 22º; (2009): Rol N° 1141-2009 (Acceso a playas) c. 18º. La misma idea está en (2001): Rol N° 334-2001 (Rentas Vitalicias), c. 19º: "no sólo se produce privación del dominio cuando se le despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados".

[35] STC (2014): Rol N° 2299-2012, c. 9° (Monumentos Nacionales).

[36] STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica), c. 26°. Asimismo: STC (2009): Rol N° 1295-2008, c. 93°. Añade: "Si la regulación estatal sobre un precio privara a una parte de lucrar, entonces esa parte podría sostener que se le ha privado de la esencia de su propiedad, pues en ella ha desaparecido su esencia o razón de ser, uno de sus atributos esenciales, como es su legítima expectativa de beneficio económico o lucro.".

Actualidad Juridica 36.indd 67 01-09-17 11:59

6.2 El vaciamiento del provecho económico que reporta el bien o derecho podría constituir privación de la propiedad

En Peajes de transmisión eléctrica también se adujo el impacto económico como uno de los criterios que permiten discernir la constitucionalidad de una limitación-regulación. El fallo afirma:

> "si la magnitud de la alteración [del precio] fuese de tal naturaleza que impidiera la razón de ser del contrato, entonces la titular podría (...) sostener que se le ha privado de propiedad. (...) la razón de ser de un contrato es su utilidad económica. La razón por la cual se contrata en los mercados es el lucro. Si la regulación estatal sobre un precio privara a una parte de lucrar, entonces esa parte podría sostener que se le ha privado de la esencia de su propiedad, pues en ella ha desaparecido su esencia o razón de ser, uno de sus atributos esenciales, como es su legítima expectativa de beneficio económico o lucro"[37].

Para que sea inconstitucional no bastaría que una regulación prive a los contratantes del precio convenido sino que dicha intervención contractual prive a cualquiera de los contratantes del beneficio económico que le reporta el contrato. Queda la duda si el criterio es privar de todo beneficio económico o que la pérdida sea tan significativa que no se justifique la prosecución de la actividad. Otro aspecto que no queda claro es la vinculación entre privación de beneficio económico y privación de la esencia de la propiedad.

IV. Ciertos criterios comparados que permiten discernir el carácter excesivo o privativo de regulaciones al derecho de propiedad

Más allá de si el TC recoge efectivamente hipótesis de privación parcial o de expropiación regulatoria al derecho de propiedad, coincidimos con varios autores[38] en que son reconocibles ciertos patrones o líneas argumentales que subyacen en algunos fallos donde se examina la constitucionalidad de una regulación que, sin constituir una privación total del derecho de propiedad, interfiera de un modo más o menos intenso en su contenido. Hay una serie de regulaciones generales al derecho de propiedad que, no obstante ser ajustadas a la Constitución pueden generar en el titular del derecho una carga

[37] STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de transmisión eléctrica) c. 26º. Agrega: "el privado no puede impedir que una necesidad pública modifique la cuantía del lucro que venía percibiendo en virtud del contrato, es que el legislador justifica esa limitación en una exigencia de interés público constitucionalmente aceptado".

[38] Zapata (2008), pp. 583-586; Matute (2014), p. 114 y ss.

Actualidad Juridica 36.indd 68 01-09-17 11:59

desproporcionada, no exigible conforme al principio de igualdad o impeditiva de su libre ejercicio o, bien, un efecto similar a una privación.

Observaremos que varios tribunales extranjeros han acudido a los aludidos criterios para concluir que en ciertas ocasiones hay regulaciones que sin ser *de suyo* privativas del derecho de propiedad, pueden ser inconstitucionales o ilegítimas (*v. gr.*, contrarias al Convenio Europeo de DD.HH. o al tratado de inversión extranjera) cuando la normativa se estime excesiva en su impacto, desequilibrada entre los medios y el fin regulatorio o impeditiva del libre ejercicio del derecho, entre otros motivos. En los casos a los que haremos referencia los tribunales se pronuncian directamente sobre el carácter compensable de tales limitaciones o, bien, dejan abierta la puerta para proceder a la indemnización por el sacrificio excesivo o desproporcionado de la regulación, pero no por su carácter privativo-expropiatorio.

1. Cuando la normativa imposibilita un uso o provecho privado

Para el TC alemán una regulación a la propiedad puede ser inconstitucional no por constituir una expropiación[39], sino porque ha ocurrido una "restricción injustificada"[40] al ejercicio del derecho. La Ley de Monumentos se estimó inconstitucional al privar *desproporcionadamente* al dueño del inmueble de toda posibilidad significativa el uso del inmueble[41]. La ley estatal de Protección de Monumentos Culturales establecía un interés público histórico y cultural en conservar ciertas propiedades. El párrafo 13 disponía que solo por motivos de bien común puede autorizarse la alteración de un monumento protegido. El dueño de una propiedad afectada solicitó autorización para demolerla, fundado en que el costo de mantención era altísimo y le estaba prohibido usarla para fines distintos a los residenciales. No había encontrado compradores y se encontraba vacía desde 1981. La solicitud fue denegada y se fundó en que bajo esta ley la autoridad solo debe considerar el interés público en demoler y no los del propietario.

Llegado el asunto al TC alemán, este sostuvo que, si bien el propietario debe aceptar que "se le prohíba un uso rentable de la propiedad", pues la Constitución "no protege el uso más lucrativo de la propiedad",

> "cosa distinta ocurre cuando el propietario de un monumento no puede hacer uso de él, y en la práctica tampoco lo puede vender, caso en que

[39] Para el TC alemán, solo puede ser calificada como expropiatoria una regulación que tenga por objeto una expropiación en regla.

[40] Sentencia BVerfG, 1 BvR 558/91 vom 26.6.2002, Absatz-Nr. (1-44), párr. 39, Caso Advertencia de Glicol en los vinos (2002), texto disponible en www.bverfg.de/entscheidungen/rs20020626_1bvr055891en.html.

[41] Alexander (2006), p. 120.

Actualidad Juridica 36.indd 69 01-09-17 11:59

> se restringe por completo toda posibilidad de una utilidad privada. Si se acepta el deber legal de conservación, entonces el derecho será una carga que el propietario tendrá que llevar con fundamento en el interés general, sin poder gozar de las ventajas de un uso privado. La situación jurídica del afectado se asemeja a una situación en la que la palabra 'propiedad' ya no sirve para nada. La denegación de una autorización para demoler deja de ser razonable. Si el bienestar común, en opinión del legislador, requiere de la conservación del monumento cultural protegido, como ocurre en el caso de edificaciones con un significado histórico cultural, esto se puede alcanzar sólo por la vía de la expropiación (§30, párrafo 1 DSchPflG)"[42].

Aunque la ley contemplaba una compensación monetaria, ello no impide, a juicio del TC alemán, la inconstitucionalidad del artículo 13, párrafo 1, pues:

> "la norma no excluye la posibilidad de gravar en forma desproporcionada al propietario, y no contempla ningún tipo de disposición con el objeto de evitar esta clase de intervenciones en la propiedad"[43].

Al parecer, fue crucial "el hecho que no subsistía ninguna posibilidad significativa para usar el edificio"[44]. La propiedad dejaba de considerarse como tal, por lo que la intensidad o impacto de la regulación es determinante (como lo veremos en caso Lucas). Luego de este fallo, los legisladores han procurado introducir medidas –*v. gr.*, cláusulas salvatorias– en regulaciones urbanísticas y en áreas de protección histórico-cultural, que contribuyen a equilibrar las intervenciones administrativas que resulten desproporcionadas[45].

En Papamichalopoulos, el TEDH dijo que aunque los propietarios nunca habían sido expropiados, luego de haberse transferido el bien raíz a la Armada, ellos se vieron "incapacitados de usar su propiedad o de venderla, legarla, hipotecarla o siquiera regalarla"[46]. Se afirmó además:

> "la pérdida de la facultad de disponer del terreno en cuestión, junto con el fracaso de los intentos hechos para remediar la situación reclamada, conllevaron consecuencias suficientemente serias como para haber sido expropiado de facto de un modo incompatible con su derecho al goce disfrute pacífico de sus propiedades"[47].

---

[42] Monumentos Nacionales (1999) Sentencia BVerfGE 100, 226, en Schwabe (2009) p. 435.

[43] *Op. cit.*, pp. 435 y 437.

[44] Alexander (2006), p. 120.

[45] Mostert (2004), p. 6, cit. por Alexander (2006) p. 116.

[46] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Papamichalopoulos and Others v. Greece, Series A Nº 260-B, párr. 43.

[47] *Op. cit.*, párr. 45.

Actualidad Juridica 36.indd 70 01-09-17 11:59

Los ejemplos expuestos a modo ilustrativo muestran que las interferencias regulativas o fácticas al derecho de propiedad pueden ser tener un alcance de tal envergadura que, sin ser estrictamente privativas o expropiatorias, producen un efecto análogo que imposibilita el provecho de alguna de las facultades dominicales.

2. Si la regulación impide un uso o provecho económico

En Penn Central, la Corte Suprema estadounidense estableció un test de tres exigencias que debían ser cumplidas para decidir en qué ocasiones una regulación estatal tenía un carácter expropiatorio, análogo a una privación o despojo (*taking*), por lo que la lesión producida por la intervención legislativa debía ser indemnizada. Nos interesa subrayar el tercer requisito referido al "Impacto económico de la acción estatal".

Se reclamaba en contra de la Ley de sitios de interés de la ciudad de Nueva York, algo así como una ley de monumentos de interés. En virtud de tal normativa, la Grand Central Terminal fue declarada hito de interés, lo que impedía destruirla o modificarla sin previa autorización de la Comisión de Sitios de Interés. Esta entidad no autorizó la operación en virtud de la cual la Compañía de Transportes Penn había celebrado un contrato para vender los derechos de edificar sobre el Terminal. Si bien en este caso la Corte sostuvo que el "efecto de la Ley de Sitios de Interés es simplemente prohibir a los apelantes (...) ocupar porciones del espacio aéreo sobre el Terminal" de todos modos

> "les permite usar el resto de la propiedad en una forma lucrativa. La Ley de Nueva York no interfiere de ningún modo con el uso presente del Terminal"[48].

Este tercer factor no determina en sí mismo que la regulación sea considerada expropiatoria por el mero impacto económico o disminución del valor de la propiedad sino cuando además de la disminución del provecho económico, la propiedad no pueda ser utilizada de ningún otro modo o uso económicamente viable[49], por ejemplo, del modo en que estaba siendo utilizada hasta el momento de aplicársele la regulación en cuestión.

Lamentablemente, la Corte Suprema estadounidense no ha sido diáfana en precisar si este criterio podría ser utilizado con prescindencia de otros requisitos del mismo test y, en general, de otros estándares a lo que ha acudido[50], por ejemplo, el test de dos frentes del caso Agins. Uno de ellos es que tratándose de la regulación de uso de suelos, esta tiene efecto expropiatorio

[48] Corte Suprema de Estados Unidos (1978) 438 U.S. 104, 125.

[49] Matute (2014), p. 105.

[50] Este y otros tests pueden ser consultados en Fishel (1995) y Delaveau (2006), pp. 411-438.

Actualidad Juridica 36.indd 71 01-09-17 11:59

si es que "le priva al dueño de un uso económicamente viable de su tierra"[51]. En otros casos ha sido crucial para el tribunal constatar que la norma "equivale aquí a una virtual abolición del derecho a transmitir una especie de propiedad (...) a sus herederos"[52], lo cual unido al criterio del

> "impacto económico de la regulación" ("no hay duda que el relativo impacto económico [de la disposición legal] sobre los dueños de estas propiedades puede ser sustancial"[53]),

ha servido para estimar inconstitucional la regulación.

En Lucas, el tribunal estadounidense se enfrentó a una norma que prohibía al reclamante y demás propietarios de tierras adyacentes construir cualquier vivienda permanente en los lotes adquiridos, con el fin de prevenir daños (erosión de las dunas) promover ciertos bienes (turismo, acceso a playas y un hábitat para plantas y animales). Si bien Lucas seguía siendo dueño, su terreno había perdido todo su valor económico. El fallo sostuvo:

> "la privación total del propietario del derecho a usar su propiedad de tal forma que le impide obtener beneficios de la misma es equivalente a una apropiación física",

pues, "¿para qué sirve la tierra si no *es para obtener ganancias de ella*?"[54]. La privación del provecho debe ser total. Si la "pérdida es un pelo menos que total", el reclamante podrá exigir que ha habido una privación fundado en "el nivel con el que la regulación ha interferido las legítimas expectativas de la inversión"[55].

Cabe destacar la semejanza de estos criterios –en particular el impedir un uso económicamente factible– con el estándar establecido por el TC alemán en Ley de Monumentos, aunque hay que ser cuidadoso para comparar abstractamente la jurisprudencia alemana con la estadounidense en materia de derecho de propiedad[56]. Por ejemplo, dado que este derecho no conlleva una función social bajo la Carta estadunidense, la Corte ha dicho que el discernimiento sobre si una acción estatal constituye una expropiación

[51] Corte Suprema de Estados Unidos (1980) 447 U.S. 255, 260.

[52] Corte Suprema de Estados Unidos (1981) 481 U.S. 704, 116.

[53] *Op. cit.* 481 U.S. 704, 114.

[54] Corte Suprema de Estados Unidos (1992) 505 U.S. 1003, 1017. En 1019 agregó: "hay buenas razones que sustentan nuestra habitual convicción de que cuando el propietario de un bien raíz ha sido obligado a sacrificar todo beneficio o uso económico en nombre del bien común, esto es, dejando su propiedad económicamente inútil, él ha padecido una privación".

[55] *Op. cit.*, nota al pie Nº 8.

[56] Alexander (2003), pp. 733-778. A modo ejemplar, el autor otorga al derecho de propiedad bajo la Ley Fundamental de Bonn un estatus mayor que al mismo derecho bajo la Constitución estadounidense, debido a que en la primera, la propiedad privada cumple una función social.

Actualidad Juridica 36.indd 72 01-09-17 11:59

> "es, en esencia, una determinación sobre si el público, en definitiva, antes que el dueño individualmente considerado, debe soportar el peso del ejercicio del poder estatal en promover el interés público"[57].

Hay un caso interesante del TC peruano. Town House obtuvo certificados de zonificación y vías que le permitían desarrollar un proyecto inmobiliario en sus terrenos en un distrito de la capital. Luego, la Municipalidad de Lima dictó una ordenanza que declaró como Zona de Protección y Tratamiento Paisajista y cuyo artículo 10 ordenaba "prohibir la ocupación (habilitación y edificación) en áreas calificadas como Zona de Protección y Tratamiento Paisajista (PTP)", dentro de las que se encontraban los terrenos de la empresa.

La empresa recurrió ante el TC peruano, que acogió la acción. Luego que señalar que "las expropiaciones indirectas se encuentran proscritas" en la Constitución, sostuvo:

> "se advierte una amenaza cierta e inminente de vulneración al uso y disfrute de la propiedad del recurrente puesto que las medidas adoptadas en la Ordenanza (...) recortan las legítimas y reales expectativas del demandante, orientadas a darle el uso real y concreto para el cual fue adquirido el predio"[58].

El caso parece ser similar a Lucas, donde se utilizó el test del "uso económicamente viable", pues se precisa que entre los elementos a analizar en una expropiación indirecta, está la interferencia sobre las expectativas económicas razonables del inversionista. Es decir, se debe tener en cuenta si la medida estatal elimina o reduce significativamente los beneficios esperados del bien[59].

3. La falta de previsión de la específica carga que se impone produce la inviabilidad del negocio

La doctrina ha señalado que la infracción al principio de igualdad debe ser corregida por el legislador mediante la adopción de medidas que remedien el particular y específico desequilibrio generado por el acto estatal por medio del reconocimiento del derecho a una compensación (que puede no ser siempre en dinero). Sin estos remedios, la norma así concebida sería inconstitucional[60].

En el caso recién referido del TC alemán, Monumentos Nacionales, el resultado que produjo la normativa impugnada –vaciamiento material de las facultades del dominio y la exclusión de cualquier posibilidad de aprovecha-

[57] Corte Suprema de Estados Unidos (1980) 447 U.S. 255, 260.
[58] STC de Perú (2012): Rol N° 0239-2010-AA, c. 13°.
[59] Velásquez (2013), p. 253.
[60] Roller (2001), p. 1005; Papier (2008), p. 187.

Actualidad Juridica 36.indd 73 01-09-17 11:59

miento– fue estimado inconstitucional al ser considerada como manifestación de una carga desproporcionada violatoria del principio de igualdad. Sin embargo, el caso que inauguró este criterio es el de los Ejemplares obligatorios. Se estimó contrario a la Constitución la obligación recaída por la ley sobre todos los editores, de entregar en forma gratuita a la biblioteca pública un ejemplar de cada edición a fin de que todas las nuevas publicaciones estuvieran al alcance de todos los ciudadanos en estas bibliotecas, además de garantizar la conservación de los textos. Un editor de libros de lujo acudió a la justicia afirmando que dicha ley le ocasionaba un perjuicio especial, dadas las particulares condiciones en que desarrolla su negocio.

El Tribunal Administrativo, conociendo del asunto, planteó la cuestión al TC, el cual sostuvo que, si bien la objetada disposición legar constituía una delimitación a la propiedad y no una expropiación, ella no se ajustaba con los principios de proporcionalidad y de igualdad, al gravar por igual a todas las personas dedicadas a la actividad editorial, sin advertir en que la carga impuesta resultaba desproporcionada y discriminatoria, pues al no prever la situación excepcional (igualdad) le era insostenible (desproporcionado) cumplir con la entrega gratuita tratándose de editores de colecciones de lujo cuyo tiraje de venta suele ser reducido.

4. Falta actualidad o correspondencia entre los medios que prevé la norma y los fines que persigue

En el caso de la Ley de Pequeños Huertos, el TC alemán la estimó inconstitucional, dado que la magnitud de la restricción a la facultad de uso del dueño era desproporcionada respecto al fin buscado. Una ley federal restringía severamente el derecho de los dueños de ciertos terrenos de poner término a su arriendo. Esta limitación se justificaba en un momento, pues era habitual que los dueños de grandes terrenos arrendaran pequeños lotes utilizados como huertos, cuya explotación fue clave en un periodo histórico reciente para la alimentación de los arrendatarios como de los alemanes. Con el advenimiento de la producción alimentaria masiva y el crecimiento de las ciudades, los arrendadores prefirieron darle a sus tierras un uso más intensivo para fines comerciales toda vez que la renta en tal evento era mucho mayor que para el uso agrícola.

La agencia regulatoria rechazó una solicitud de los dueños de los lotes para dar término anticipado a los arriendos puesto que la ley en cuestión no contemplaba el cambio de circunstancias como fundamento para poner fin a los arriendos. Llevado el asunto al TC alemán, este afirmó su inconstitucionalidad debido a que la magnitud de la restricción a la libertad de los dueños era actualmente desproporcionado en relación con el fin público que proclamaba. Mientras el propósito original de tales huertos era servir como fuente de alimentación en tiempos de necesidad social, actualmente tales lotes no

Actualidad Juridica 36.indd 74 01-09-17 11:59

cumplían sino una función recreativa, la cual, si bien posee una indudable relevancia social es derechamente menos poderosa que la función originaria[61].

La disposición legal se estimó inconstitucional porque no satisfizo un estándar mínimo de razonabilidad: simplemente la restricción prevista originariamente en la ley ya no cumplía su cometido. El medio legal contemplado no permitía actualmente satisfacer el fin previsto en la normativa. Otro modo de ponerlo es que la debilidad de la actual función de la ley (recreativa) no justificaba una restricción tan severa a los propietarios[62].

Un caso estadounidense que es ilustrativo en esta materia es Nollan. La Comisión de Costa de California exigió a los propietarios de un sitio costero la entrega de una porción de la propiedad para una servidumbre pública como condición para erigir su vivienda. El estado sostuvo que esta exigencia fue motivada para impedir el bloqueo de la vista hacia la playa y, asimismo, para permitir el libre paso del público hacia la playa. Lo interesante es que se sostuvo que la servidumbre exigida no contribuía a mitigar el bloqueo de la vista, motivo por el cual la condición impuesta no guardaba conexión causal con fin perseguido por la regulación.

El fallo afirma que la restricción –ceder parte del terreno para una servidumbre de paso– como condición para levantar la prohibición de construir, simplemente no sirve al fin de la regulación invocada por el regulador –proteger la vista hacia el mar y evitar la congestión. El regulador

> "asumió que el poder para prohibir la construcción de la casa para proteger la vista del público al mar seguramente comprende el poder de condicionar el permiso de construcción a algún tipo de cesión por parte del dueño, incluso una cesión de derechos de propiedad, que persigue el mismo fin"[63].

El problema reside en que

> "la propiedad constitucionalmente protegida desaparece, sin embargo, si la condición [de ceder parte de la propiedad] que sustituyó a la prohibición [de construir] notoriamente falla en lograr el fin promovido como justificación de la prohibición"[64].

Así, fundado en decisiones previas que afirmaban que una "restricción en el uso puede configurar una privación 'si no es razonablemente necesaria para el logro del relevante fin gubernamental'"[65], afirmó:

[61] Sentencia BVerfGE (1979) 52, 1 Caso Pequeños Huertos.

[62] Alexander (2006), p. 136.

[63] Corte Suprema de Estados Unidos (1987) 483 U.S. 825, 836.

[64] *Op. cit.*, 837.

[65] Corte Suprema de Estados Unidos (1987) 483 U.S. 825, 834, cita a Penn Central Transportation Co. v. New York City, (1978) 438 U. S. 104, 438 U. S. 127.

Actualidad Juridica 36.indd 75 01-09-17 11:59

> "la falta de nexo entre la condición y el fin primitivo de la restricción de construcción convierte tal fin en algo distinto de lo que era. El fin entonces se transforma, así de simple, en la obtención de una servidumbre que busque servir algún legítimo fin gubernamental pero sin el pago de una compensación".

Concluye:

> "a menos que la condición impuesta por la autoridad sirva el mismo fin estatal al que sirve la prohibición de desarrollo inmobiliario, la restricción de construcción no es una regulación válida de uso de suelo"[66].

Aunque por motivos de espacio no podremos hacer mayor referencia, cabe recordar que la falta de adecuación entre la finalidad pública y la medida adoptada (análisis propio del principio de proporcionalidad) también ha servido para que el TC de Perú haya identificado lesiones inconstitucionales al derecho de propiedad[67].

5. El acto examinado es ilegítimo si no logra un justo equilibrio entre el interés público y el del dueño

El justo equilibrio entre los intereses de la comunidad y aquellos de la persona afectada es el criterio fundamental al que ha acudido el TEDH para decidir si una normativa que compromete cualquiera de las tres hipótesis de lesión a la propiedad que prevé el artículo 1° del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos –privación, controles al uso u otras interferencias al ejercicio del derecho– se encuentra o no justificada[68]. Un aspecto crucial del estándar consiste en que los fines del acto regulativo sean proporcionales a los medios empleados para su logro. La elasticidad del justo equilibrio se corta cuando el acto conlleva una carga excesiva en el afectado[69], por muy importante que sea el fin involucrado.

Así, en Forminster Enterprises, el TEDH sostuvo que, no obstante la indudable relevancia del fin perseguido (investigación criminal de ciertos delitos económicos) la prohibición de disponer de los bienes (acciones) del reclamante fue tan larga (doce años) que no se respetó el justo equilibrio entre los intereses de la sociedad y los de la empresa afectada, por lo que "ésta ha sido obligada a soportar un carga excesiva como resultado de la duradera

[66] Corte Suprema de Estados Unidos (1987) 483 U.S. 825, 837.

[67] STC de Perú (2008): Rol N° 1735-2008-AA, c. 6º.

[68] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1982) Sporrong and Lönnroth, Sentencia, 23 de septiembre de párr. 69; Holy Monasteries v. Greece, sentencia, 9 de diciembre de 1994, párr. 70 y Velosa Barreto v. Portugal, Series A Nº 334, sentencia, 21 de noviembre de 1995, párr. 36. Asimismo, véase: Allen (2007), pp. 294-298 y 305 y López (2014), pp. 60-61.

[69] Montt (2009), p. 220. El autor estima que el *fair balance* no aplica en caso de privaciones.

Actualidad Juridica 36.indd 76 01-09-17 11:59

suspensión"[70]. Algunos de los factores en que se descompone el estándar para discernir "si la medida a cumplido la exigencia de justo equilibrio y, particularmente, si impone una carga desproporcionada" han sido

> "el carácter de la interferencia, el fin perseguido, la naturaleza de los derechos de propiedad afectados, y la conducta del reclamante como de las autoridades del Estado que interviniente"[71].

Este examen solo tiene sentido una vez que el acto estatal se encuentra fundado en la ley y no es arbitrario[72]. Para los efectos de este trabajo, basta por ahora señalar que en lo que tiene relación con la determinación de los fines como de los medios, en materia de propiedad, este tribunal ha otorgado un amplio margen de apreciación a los Estados.

El TEDH ha dicho que la *privación* a que se refiere el artículo 1 comprende no solo los despojos o apropiaciones directas sino, también, aquellos actos regulatorios equivalentes a ello. Lo expresó por primera vez en Sporrong y Lönnroth, al controlar si una regulación a la propiedad, que no correspondía a una expropiación formal, "era equivalente a una expropiación de facto"[73]. Aunque la conclusión fue negativa en esta ocasión, el caso no solo abrió la senda a través de la cual el tribunal reconoció con posterioridad situaciones de expropiación indirecta sino que le permitió ir sentando ciertas bases a partir de la cuales es posible advertir que aquello ha tenido lugar, todo ello bajo la rúbrica conceptual de la falta de justo equilibrio.

Es interesante examinar que algunos criterios que podrían ser indicativos de una privación indirecta –imposibilidad de un uso o provecho económico, destrucción de la propiedad, extinción del derecho, entre otros– coinciden con aquellos que han sido admitidos por los máximos tribunales en otras jurisdicciones como hipótesis de expropiación regulatoria o interferencia ilegítima en la propiedad. Pero también el TEDH ha incorporado nuevos estándares cuyo desconocimiento podría dar lugar a una privación indirecta[74]. Por otra parte, hay garantías que el TEDH ha aplicado a las privaciones –una adecuada y pronta compensación–, las que podrían ser exigibles también frente a interferencias no privativa pero desproporcionadas.

---

[70] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2008) Forminster Enterprises Limited v. Czech Republic, sentencia, 9 de octubre de 2008, párr. 77.

[71] *Op. cit.*, párr. 75.

[72] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2011) Seryavin and Others v. Russia, sentencia, 10 de enero de 2011, párr. 107. Asimismo, (200) Beyeler c. Italia, sentencia, 5 de enero de 2000, párr. 107.

[73] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1982) Sporrong and Lönnroth, sentencia, 23 de septiembre de 1982, párr. 63.

[74] El criterio de "buen gobierno" a que se ha referido López (2014), pp. 62-63 y al deber "de actuar oportunamente, de manera apropiada y con la mayor consistencia" del caso Moskal v. Polonia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia, 15 de septiembre de 2009, párr. 51.

Actualidad Juridica 36.indd 77 01-09-17 11:59

Si bien las restantes regulaciones a la propiedad –controles en el uso u otras interferencias– en principio no son compensables, esta posibilidad no queda excluida, toda vez que para el TEDH un acto estatal no cumplirá el "justo equilibrio" (o será desproporcionado) cuando el fin pretendido por la normativa haya podido ser satisfecha sin imponer una carga excesiva en el regulado[75]. El tribunal ha llegado excepcionalmente a dicha conclusión en casos de controles al uso de la propiedad[76] como en otro tipo de interferencias. La cautela con que ha operado el TEDH para delinear criterios acerca de cuando una regulación puede ser equivalente a una privación indirecta, se debe fundamentalmente a que la segunda regla exige una interferencia sustancial en el disfrute de la propiedad para que se estime contraria a la Convención[77].

La falta de equilibrio puede tener varias manifestaciones. Algunas se verifican cuando se infringen derechos que, sin tener directa relación con la propiedad, terminan generando en su contenido o ejercicio un impacto análogo al de una privación. Otros ejemplos de falta de equilibrio se han constatado cuando no ha existido compensación[78] o esta ha sido insuficiente[79].

En el caso Hentrich, por ejemplo, los demandantes compraron un bien raíz en Francia. Con posterioridad, la autoridad francesa ejerció un derecho de opción de compra preferente que, conforme a la legislación, le permitía hacerse del bien pagando el precio convenido en el contrato y un diez por ciento adicional si se estimaba que el precio de la compraventa había sido muy bajo. Las acciones judiciales no prosperaron en las instancias francesas, pues la normativa no contemplaba un procedimiento para reclamar del monto del pago. Por ello es que el TEDH afirmó que había existido una expropiación indirecta, por falta de un *justo equilibrio*, puesto que:

---

[75] Allen (2005), p. 119; Van Dijk *et al.* (2006), pp. 888-889; López (2014), p. 68.

[76] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1999) Chassagnou and Others v. France, Reports of Judgments and Decisions 1999-III, sentencia 29 de abril de 1999; Immobiliare Saffi v. Italy, Reports of Judgments and Decisions 1999-V, sentencia, 28 de julio de 1999; Hutten-Czapska, sentencia, 22 de febrero de 2005; Saliba and Others v. Malta, sentencia, 22 de noviembre de 2011 y Lindheim and Others v. Norway, sentencia, 12 de junio de 2012. También: Schneider v. Luxembourg, sentencia, 10 de julio de 2007; Hermann v. Germany, sentencia, 26 de junio de 2012.

[77] Clayton & Tomlinson (2000) p. 1308.

[78] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1994) Holy Monasteries, sentencia, 9 de diciembre de 1994, párr. 71: "la privación de la propiedad sin el pago de un monto razonablemente vinculado a su valor, generalmente constituirá una interferencia desproporcionada, y la falta de toda compensación puede ser justificable en el Artículo 1 únicamente bajo circunstancias excepcionales".

[79] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1986) James and Others v. UK, sentencia, 21 de febrero de 1986, párr. 54: "Para determinar si la legislación controvertida establece un justo equilibrio entre los distintos intereses en juego y si, entre otras exigencias, no impone a los demandante una carga desmesurada (...), hay que considerar, evidentemente, las condiciones de la indemnización".

Actualidad Juridica 36.indd 78 01-09-17 11:59

> "como un víctima selectiva del ejercicio del derecho de opción de compra preferente, la señorita Hentrich 'soportó individualmente una carga excesiva', la cual podría haberse estimado legítima únicamente si ella hubiera tenido la posibilidad, que le fue denegada, de reclamar efectivamente de la medida adoptada en su contra"[80].

Los casos expuestos y aludidos son ejemplos ilustrativos de que el TEDH puede estimar que una normativa o acto estatal (como también una omisión) puede estimarse una privación sustancial al derecho de propiedad bajo la forma de una expropiación indirecta o, bien, una interferencia o regulación desproporcionada, infracciones todas que caben bajo la amplia rúbrica de falta de justo equilibrio.

1. Las delimitaciones fundadas en el bien común o función social deben ser compensadas

Interesante es el caso Servidumbres eléctricas, de la Corte Constitucional de Colombia. Aunque aquí se examina la constitucionalidad del proceso sumario configurado por el legislador para la imposición de servidumbres de conducción de energía eléctrica autorizado por la ley, al valorar la justificación constitucional del trato diferencial al que procesalmente se ven sometidos los propietarios afectados por este tipo de gravámenes, el tribunal se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de estas servidumbres.

Señala que se trata de cargas impuestas en virtud de la función social del derecho (considerando 14º), toda vez que el proceso de constitución de servidumbre pública de conducción de energía eléctrica tiene como propósitos esenciales facilitar la implementación expedita de las obras necesarias para la adecuada prestación del servicio público, por un lado, y, por otro, también persigue "garantizar que el propietario o poseedor del inmueble sirviente sea compensado con una indemnización justa"[81]. Es decir, encuentra ajustado a la Constitución y constituye, de hecho, un elemento fundamental de la *ratio decidendi* que el legislador haya previsto la compensación directa de las restricciones a la propiedad impuestas para asegurar la conducción de la energía eléctrica[82, 83].

Interesante aproximación, pues entiende que la función social no solo se cumple por el fin público que satisface la normativa legal que limita al pro-

[80] Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1994) Hentrich c. Francia, sentencia, 22 de septiembre de 1994, párr. 49.

[81] Corte Constitucional de Colombia (2007): Rol N° C-831 de 2007, FJ. 17º.

[82] Santaella Quintero (2010), p. 503, nota al pie 1739. Aunque en 504, el autor dice: "la previsión legal de compensaciones fundadas en intervenciones delimitadoras de la propiedad no sea inconstitucional no supone que constituyan una exigencia de la Constitución" Colombiana.

[83] Corte Constitucional de Colombia (2007): Rol N° C-831 de 2007, FJ. 15-25º.

Actualidad Juridica 36.indd 79 01-09-17 11:59

pietario sino, también, porque la compensación impide que el objetivo público se obtenga cargando en unos pocos lo que constituye una responsabilidad común.

2. La medida conlleva una ocupación física permanente

En Loretto, el máximo tribunal estadounidense sostuvo que bastaba constatar que se había producido una *ocupación física permanente* de la propiedad, autorizada por el Estado, para concluir que se trataba de una regulación expropiatoria, sin necesidad ulterior de acudir a otros requisitos que la Corte ha empleado en otros casos.

La Ordenanza General de Urbanismo del Estado de Nueva York ordenaba a los dueños de edificios permitir la instalación de equipos de TV-cable, a fin de que los ocupantes de los departamentos puedan tener acceso a la señal por cable y de este modo facilitar el acceso y conexión a edificios contiguos con el mismo objeto. Lo interesante es que a la Corte Suprema le bastó

> "afirmar la regla tradicional de que una ocupación física permanente de la propiedad es una privación [*taking*]. En tal situación, el dueño de la propiedad goza de una legítima expectativa, históricamente enraizada, de ser compensado, y el carácter de la invasión es cualitativamente más intrusivo que quizás cualquier otra categoría de regulación de la propiedad"[84].

Es un caso de regla expropiatoria *per se*, puesto que la magnitud y permanencia de la intrusión justifican por sí mismo el carácter privativo de la regulación, "con independencia de si la acción satisface un beneficio público relevante o tiene un mínimo impacto económico en el dueño". La Corte Suprema acude a una metáfora para ilustrar la seriedad de la invasión:

> "el gobierno no se apropia simplemente de una sola 'vara' del 'ramillete' de los derechos de propiedad sino que corta todo ramillete, sacando un pedazo de cada vara"[85].

Como lo vimos en *Nollan*, el tribunal norteamericano sostuvo que la imposición de una servidumbre de paso como condición para construir una casa en un terreno adquirido en la costa de California era una "ocupación física permanente", toda vez que:

> "autoriza a las personas un derecho de paso permanente y continuo de ida y venida, de modo que la propiedad física pueda ser continuamente

[84] Corte Suprema de Estados Unidos (1982) 458 U.S. 419, 441.

[85] Corte Suprema de Estados Unidos (1982) 458 U.S. 419, 435, por ambas citas. La segunda es tomada de Andrus v. Allard (1979), 444 U. S. 51, 444 U. S. 65 66.

Actualidad Juridica 36.indd 80 01-09-17 11:59

> atravesada, aun cuando no se permita a nadie estacionar permanente sobre el sitio"[86].

Aunque este no es el argumento principal, resulta de particular interés de cara a su eventual aplicación a un caso como los de Acceso a playas resueltos por el TC chileno, además de ser un claro caso de cómo una regulación puede ser tan intrusiva que deba ser indemnizada, pues se trata de una privación parcial, pero significativa por su carácter permanente e invasivo.

3. La norma legal no tiene un alcance general por lo que impone una carga desigual al beneficiar a un solo grupo de sus destinatarios

Aunque el siguiente caso no es un fallo del TC, es interesante por su alcance. El referido criterio se encuentra facilitado por el modo en que la Constitución Sudafricana protege el derecho de propiedad. El texto dispone:

> "Ningún individuo podrá ser privado de sus bienes salvo conforme a los términos de las leyes de aplicación general, y ninguna ley podrá permitir la privación arbitraria de los bienes"[87].

Pues bien, en el caso Joubert, el tribunal estimó contrario a la Constitución una ley que pretendía dar solución a la toma ilegal de un terrenos que al momento de la ocupación estaba siendo habitado por otros pobladores.

El TC sostuvo que la norma permite una arbitraria privación de la propiedad. El fallo afirma que la ley favorece al ocupante del terreno sin brindar ninguna atención "especial sobre lo que es justo para el dueño". También tiene elementos de análisis vinculados al efecto privativo que puede producir una regulación. Así, señala que el efecto producido por ciertas disposiciones de la ley que obligan al dueño a proveer habitación hacen que "el dueño del terreno elegido por el ocupante tenga que pagar el precio de su propio bolsillo con miras al interés social"[88]. Concluye diciendo que aunque la Constitución

> "no permite la 'privación arbitraria de la propiedad', el alcance de la Ley (...) protegió una ocupación que fue ilegal y arbitrariamente tomada, permitiendo de este modo la arbitraria privación de la propiedad. Según la Corte, la Ley (...) [en cuestión] no es una 'ley de aplicación general' según lo exigido"

[86] Corte Suprema de Estados Unidos (1987) 483 U.S. 825, 832.

[87] Constitución de Sudáfrica, Artículo 25, párrafo 1º.

[88] Alta Corte de Sudáfrica, Joubert and Others v. Van Rensburg and Others, 2011 1SA 753, párr. 37.1 y 37.3.1.

Actualidad Juridica 36.indd 81 01-09-17 11:59

por la Constitución, "toda vez que impuso una carga únicamente a la propiedad agrícola"[89].

V. Observaciones a los criterios del Tribunal Constitucional chileno sobre limitaciones a la propiedad

1. Necesidad de superar el mito de que las delimitaciones motivadas por la función social no son indemnizables

Habitualmente se ha entendido que la función social de la propiedad otorga al legislador una amplia libertad de configuración delimitadora en la esfera del Derecho, por lo que las limitaciones impuestas en aras de dicha función social no generarían la obligación de compensar. La superación de este planteamiento no supone que toda restricción o daño padecido por el propietario en la esfera de su derecho debe dar lugar a compensación. La regla debe seguir siendo que las interferencias en nombre de la función social no son indemnizables, pero sin tener un carácter absoluto, del modo en que el Derecho Comparado lo ha ido perfilando.

Algunos autores nacionales han subrayado la necesidad de que los efectos de una regulación dominical puedan ser examinados no solo por su carácter privativo-expropiatorio sino, también, a la luz del alcance excesivo o desproporcionado de la intervención[90], considerando aspectos tales como, por ejemplo, los efectos económicos desfavorables de una regulación dominical[91]. Las hipótesis admitidas en algunas sentencias del TC chileno –el reconocimiento al impacto de una regulación– no pasan de ser declaraciones líricas si no se define con claridad que pueden haber casos en los que, si bien la normativa enjuiciada no persigue "despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular", no obstante puede producir efectos análogos a los de una privación o, bien, infringir otras garantías constitucionales, tales como el principio de igualdad en general o la garantía de igual distribución de las cargas públicas que no correspondan a tributos.

La protección constitucional de la propiedad no dejará de ser la mera garantía de que únicamente las privaciones formales dan derecho a indemniza ción si la jurisprudencia no configura los supuestos mínimos que deben concurrir para que tengan las hipótesis líricas tengan un alcance operativo. Enseguida veremos cómo ello es una tarea pendiente para el TC chileno, tratándose, por ejemplo, del criterio de la magnitud de la regulación.

---

[89] Alta Corte de Sudáfrica, Joubert and Others v. Van Rensburg and Others, 2011 1SA 753, párr. 39.34; 39.4. y 42.1.

[90] Cordero (2007), p. 64; Matute (2014), p. 206.

[91] Aldunate (2006), p. 298; Delaveau (2006).

Actualidad Juridica 36.indd 82 01-09-17 11:59

2. El criterio de magnitud arranca de un supuesto complejo

Hemos visto que la *magnitud* del acto regulatorio ha sido una criterio (todavía admitido hipotéticamente, pues no ha sido aplicado) al que ha acudido el TC para discernir si una provisión legal importa una privación (total) al derecho o al bien, a alguno de sus atributos o facultades (privación parcial) o se trata derechamente de una restricción. Si una regulación

> "afecta en una *magnitud significativa* las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha *privado* del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba"[92].

Creemos que el aludido criterio se edifica sobre la base de la falta de claridad conceptual entre lo que es privación y lo que es limitación/restricción al derecho de propiedad. Asume que la diferencia entre privación y limitación no proviene de la distinción conceptual entre una y otra figura sino que de una determinación fáctica que se erige sobre un continuo conceptual bajo el cual entre la privación y la limitación habría una diferencia de grados. Bajo dicho predicamento, una norma legal podría ser constitutiva de una privación por la *intensa* magnitud de su alcance, lo que supone asumir que entre las dos grandes hipótesis no habría espacio conceptual[93].

Conforme al criterio de la *magnitud significativa*, en sí mismo considerado, el carácter *leve* de una normativa conduciría a observarla como una regulación limitativa del derecho de propiedad. En cambio, si una norma legal limitase intensamente el ejercicio de este derecho, lo lógico sería considerarla como una regulación privativa. Sin perjuicio de otros inconvenientes que enunciaremos más adelante, sabemos que la intensidad de una normativa no transforma esta necesariamente en significativa (o privativa), así como tampoco la magnitud leve de una limitación no libera a esta de incurrir en una privación.

Un modo impreciso de abordar el estándar de la magnitud corre el riesgo de ser malinterpretado si no se especifica en qué sentido el impacto o magnitud podrían ser significativos. Y esto no es posible responderlo sin preguntarse previamente respecto de qué es el carácter significativo de la regulación, esto es, en relación con qué ejes el impacto de la normativa debe ser significativo, y estos no pueden sino girar en torno a los ejes estructurantes de la díada limitación/privación, que viene dada por la propia Carta Fundamental.

Por lo señalado, cabe destacar Curtidos Bas[94], pues se estimó que la norma cuestionada era inaplicable por producir un efecto –privación de las

[92] STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica) c. 22°; (2009) Rol N° 1141-2009 (Acceso a playas) c. 18°.

[93] Aldunate (2006); Miranda (2014).

[94] STC (2015): Rol N° 2684-2014, c. 22° (Curtidos Bas).

Actualidad Juridica 36.indd 83 01-09-17 11:59

potestades dominicales y consecuencial afectación del contenido esencial-cuya constatación se observa con prescindencia del criterio de magnitud, que, veremos, se presta más para discernir el carácter excesivo de una limitación o regulación.

3. Carácter redundante e innecesario del criterio de magnitud

Atendido que una de las modalidades bajo las que ha sido formulado el referido estándar no ayuda a deslindar las situaciones de privación *versus* de limitaciones a la propiedad, dicha confusión contribuye a que las regulaciones a este derecho sean abordadas casi exclusivamente a partir del estatuto de la propiedad[95], sin comprender que este derecho fundamental puede verse comprometido por causa de otras garantías constitucionales, tales como la igualdad ante las cargas públicas, el contenido esencial del derecho[96], entre otras.

En concreto, se trata de no circunscribir el resguardo a la propiedad privada únicamente mediante el párrafo 3º del N° 24 del artículo 19 de la Constitución (que contempla la hipótesis de privación de algún atributo o facultad esencial), sin olvidar que el texto fundamental también nos ha proveído de otras garantías para tutelar los derechos, como es el caso de la garantía general de no afectar el contenido esencial N° 26 del citado artículo.

Así, mientras el primero tendrá por objeto determinar si la disposición que se cuestiona es constitutiva de privación o restricción al derecho de propiedad, el segundo será determinar si, a pretexto de regularlo, se ha afectado la esencia del derecho o se le han impuesto "condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"[97]. Como se ha podido observar en ambas hipótesis el problema es de calificación, y se configuran como dos sistemas distintos e independientes[98].

Adicionalmente, en su pretensión de ser extensible por igual a casos de privación como a aquellos de limitación, el criterio de magnitud también pasa por alto que el texto constitucional –no únicamente las normas atinentes al derecho de propiedad–[99] hace diferencia entre las hipótesis de privación y

[95] Aldunate (2006); Cordero (2006); Zúñiga (2013), p. 145 y ss. hacen ver que la noción de continuidad conceptual entre limitación/privación hace que el problema se aborde casi únicamente desde la propiedad.

[96] Ha sido advertido con distinta intensidad de grado por Aldunate (2006), pp. 296 y 298; Rajevic (2006), p. 46; Fermandois (2006); Delaveau (2006), p. 413; García (2011), p. 101; Bronfman, Martínez y Núñez (2012), p. 437; Miranda (2014), p. 47; Matute (2014), p. 205.

[97] *Constitución Política de la República* (Chile) artículo 19 Nº 26.

[98] Miranda (2014), p. 41; Peñailillo (2006), p. 100 en cuanto señala que este es un problema de calificación jurídica, no de gradación de la magnitud de la regulación.

[99] Tenemos en mente las disposiciones N° 8 y N° 26 del art. 19, que también diferencian entre privación y restricción, además de los incisos 3° y 4° del art. 19 N° 24 de la Constitución.

Actualidad Juridica 36.indd 84 01-09-17 11:59

las de limitación/restricción, por lo que otorgársele a ambas situaciones un tratamiento igualitario requeriría una justificación que está pendiente, al menos para el TC.

Veremos enseguida que la distinción privación/limitación se presta para pensar que el criterio del impacto sirve más bien para determinar la constitucionalidad de las limitaciones antes que la de las privaciones.

4. El criterio de magnitud es pertinente en el ámbito de las limitaciones antes que en la privación a la propiedad

Como consecuencia del problema de la continuidad conceptual recién observado, el TC ha incurrido en algunas imprecisiones respecto del papel que cabe otorgar al factor magnitud o impacto de la norma legal que incide en el derecho de propiedad. Un predicamento que sostiene que la magnitud de una regulación contribuye a examinar si ha habido una privación al derecho de propiedad no solo tiene el inconveniente de que no se aviene con la distinción –privación total/privación parcial/limitaciones– sobre la que se erige la configuración constitucional del derecho de propiedad en la Constitución chilena.

Si esta admite que existen dos hipótesis basales de afectación a la propiedad, esto es, la privación (incluida la privación parcial) y otras interferencias regulativas/restrictivas/limitativas al aludido derecho, no parece consistente afirmar *in abstracto* que una regulación se ha transformado en privativa por causa de su magnitud. En efecto, es complejo discernir sobre el alcance o impacto privativo que una regulación puede producir en la propiedad si previamente se ha dicho que "un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular"[100] sin precisar con claridad que una norma legal, que en sentido estricto no constituye una expropiación, ni tampoco una privación formal, podría no obstante ser privativa por su impacto.

Sin embargo, el TC chileno no ha admitido con claridad que una regulación puede ser privativa, ya sea por efecto directo (expropiación en regla), ya sea por efecto consecuencial. Es importante clarificarlo, ya que una norma que no constituya una expropiación en regla, efectivamente podría traer consigo una privación al derecho de propiedad, pero no lo será debido a un discernimiento focalizado preferentemente en la gradación, la que puede ser leve o intensa, sino porque se ha producido un efecto o impacto equivalente al de una privación total o parcial[101]. El criterio del efecto es el que se emplea en buena medida en el Derecho Internacional de la inversión. Si los actos del

[100] STC (2007): Roles N° 505 y 506-2006 (Peajes de Transmisión Eléctrica), c. 22°. Asimismo: (2009): Rol N° 1295-2008, c. 93°.

[101] Miranda (2014), p. 62.

Actualidad Juridica 36.indd 85 01-09-17 11:59

estado receptor producen un impacto de privación total o sustancial en la propiedad invertida se entiende que es un acto análogo al de una expropiación y cabe indemnizar[102].

Por otra parte, el estándar sobre la magnitud es importado de EE.UU., realidad en la que la Constitución no solo no distingue las hipótesis de privación/limitación sino donde la Corte Suprema le ha dado a este criterio una aplicación muy excepcional y casuística. Ha dicho que la magnitud de la interferencia debe ser ponderada junto con otros dos elementos (la relevancia del fin estatal buscado por la regulación y el impacto económico que produce en el propietario) para decidir su constitucionalidad. Allí el factor magnitud, a diferencia de las dos reglas *per se* de los casos Loretto y Lucas, nunca sirve por sí mismo para discernir si ha existido una privación o despojo (*taking*)[103]. Por este motivo categórico, y *mutatis mutandi*, parecería aconsejable situar a la magnitud más bien en la órbita de las limitaciones al derecho de propiedad que de las privaciones.

De este modo, conforme al contexto de la Constitución chilena, la magnitud podría ser muy intensa y no ser privativa por estar justificada en la función social. Con todo, una regulación que contara con estos dos rasgos –intensidad alta sin ser privativa– igualmente podría ser inconstitucional al conllevar una ocupación física permanente (Acceso a playas), lo cual calzaría mejor como una limitación que impone una carga desproporcionada. Otro motivo de inconstitucionalidad podría verificarse si la normativa en cuestión entorpeciera significativamente el libre ejercicio del uso o provecho económico del bien (Monumentos Nacionales), en cuyo caso podría vulnerarse la garantía que prohíbe imponer requisitos o condiciones que impidan su libre ejercicio. O si se detectara una inconsistencia entre los fines previsto por la norma de acceso a playas ("turísticos y de pesca")[104] y el carácter permanente e indiscriminado de la servidumbre de paso impuesta, sin atender a dicho objeto.

Todo lo expuesto no posee un mero interés conceptual: cuando se examina una regla jurídica, lo primero que cabe discernir es si la norma importa derechamente una privación del derecho, total o parcial, ya que esta hipótesis está prevista en nuestra Constitución. En caso afirmativo, habrá de detectarse si la norma prevé el correspondiente proceso expropiatorio, puesto que este efecto es el único que ha sido previsto por la Ley Fundamental en caso que un propietario sea privado de su derecho de propiedad. Si la opinión, en cambio, es que la norma impone una restricción a su ejercicio, lo que proce-

[102] Dolzer (2002), p. 79; Newcombe (2005), p. 10, López (2014), p. 187 y casos allí citados.

[103] Been y Beauvais (2003), p. 61; Montt (2009), p. 219.

[104] La norma que regula el acceso a playas, decreto ley Nº 1939/1977, dice en su artículo 13: "Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto".

Actualidad Juridica 36.indd 86 01-09-17 11:59

de es examinar si tal limitación se ajusta a los criterios de constitucionalidad, tanto a las reglas del derecho de propiedad como respecto de si la regulación al derecho se condice con otras exigencias constitucionales, tales como la no discriminación, la igualdad ante las cargas o la afectación al contenido esencial del derecho en cuestión.

Si es cierto que aquellas regulaciones no privativas en sí mismo consideradas, pero susceptibles de tener un alcance privativo pueden ser abordadas desde la perspectiva de las regulaciones o limitaciones inconstitucionales, cobra sentido lo señalado por un autor en cuanto a que:

> "mientras mayor sea el cercenamiento a las facultades y/o atributos del dominio", "más se acercará la regulación a una inaceptable afectación del contenido en su esencia"[105].

5. La función social como factor desequilibrante entre bien particular y bien público

Se observa una cierta disociación entre lo declarado como premisa y lo resuelto en algunos casos. Para el TC la función social de la propiedad "significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad". Precisa que los deberes y responsabilidades que este derecho imponen a su titular "buscan armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad". Añade: "las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales"[106].

Sin duda que las limitaciones efectuadas en nombre de la función social obligan al titular del derecho a soportar dichas restricciones o cargas para compatibilizar la propiedad con las exigencias del bien común, pero estimamos que difícilmente hay armonización entre el valor individual y social de la propiedad cuando el fin público de la regulación se obtiene a costa de una norma desproporcionada en relación con sus fines o cuando hace recaer excesivamente sobre los hombros de algunos regulados todo el peso del bien común.

Si el bien común comprende a la sociedad en su conjunto la normativa dictada en pos de la función social de este derecho no puede lograrse en condiciones tales que la búsqueda del bien de todos afecte de modo tan intenso al propietario que ya no se puede hablar de que se ha concretizado un equilibrio entre los intereses del propietario y la sociedad sino que de un sacrificio inusual, un despojo total o sustantivo del titular en aras del colectivo. Por ello es que la función social, que obliga al dueño a soportar restricciones en pos de un fin constitucionalmente lícito, tal como la "seguridad nacional, la utili-

[105] Zapata (2008) p. 586.

[106] STC (1996): Roles N° 245 y 246-1996, c. 22° y 25° y (2015), Rol N° 2299-2012, c. 7°.

Actualidad Juridica 36.indd 87 01-09-17 11:59

dad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental"[107], no solo se cumple al invocar la norma legal una finalidad legítima sino por hacerlo de un modo que no altere significativamente el equilibrio entre bien público y sacrificio privado. Este equilibrio suele romperse cuando la norma legal en cuestión vulnera garantías constitucionales distintas al derecho de propiedad, especialmente, la de igualdad ante las cargas públicas.

Esta garantía, entre otras, contribuye a discernir si una regulación (que no es privativa) ha satisfecho o no las exigencias que conlleva la función social de la propiedad. Una de ellas consiste en verificar si la finalidad pública pretendida se puede cumplir[108]. Las otras dos buscan examinar si el dueño afectado con la normativa no padeció una carga desigual o desproporcionada[109]. Esto ha sido señalado por destacados autores, quienes han manifestado que la garantía constitucional que prohíbe la imposición de tributos "manifiestamente injustos o arbitrarios" puede ser extensible a las demás cargas patrimoniales no impositivas, de modo que si una norma afectara injusta o desproporcionadamente la propiedad sin disponer la correspondiente indemnización, estaríamos frente a una inconstitucionalidad "por lesión al principio de igualdad ante las cargas públicas"[110].

Esto, sin perjuicio que lo expuesto también pueda vislumbrarse como una nueva modalidad de vulneración al derecho de propiedad: que una infrac ción como la aludida puede a su vez servir de base para sostener que las exigencias de la función social no han sido satisfechas por parte de una norma que pretenda limitar la propiedad.

6. Falta precisar el rol del contenido esencial como estándar vinculado a situaciones de privación de la propiedad

Para el TC chileno no está claro el rol que debe desempeñar el contenido esencial como garantía independiente del derecho de propiedad aunque vin-

[107] *Constitución Política de la República* (Chile), artículo 19 Nº 24, cuyo inciso segundo reconoce tales causales, además de aquella referida a "los intereses generales de la Nación", como manifestaciones que comprenden la función social de la propiedad.

[108] En esto, la Corte Suprema estadounidense ha sido reacia. No así el TC alemán, como se ha visto.

[109] En varios casos, la Corte Suprema estadounidense ha sido clara en afirmar que la prohibición a las privaciones o despojos (*takings*) sin una justa compensación "fue diseñada para impedir que el Estado imponga a algunos a llevar solos las cargas públicas que, en equidad y justicia, deberían ser llevadas por el público como un todo", a modo ilustrativo en caso Penn Central Transportation Co. v. New York City 438 U.S. 104, 123.

[110] Aldunate (2006), p. 298. En sentido análogo, Rajevic (2006), p. 46, quien admite que "para nuestra jurisprudencia podrían existir situaciones en que [ciertas regulaciones] sí serían indemnizadas-como lo declaró en el caso Galletué, pero no por su calidad de limitaciones, sino como reparación de una desigual repartición de cargas públicas".

Actualidad Juridica 36.indd 88 01-09-17 11:59

culado a los casos de privación. Si bien ha reconocido que la garantía general que resguarda el contenido esencial de los derechos fundamentales es aplicable para el caso de limitaciones /restricciones/regulaciones/obligaciones al derecho de propiedad, ha señalado que la Constitución ha preservado

> "como núcleo esencial de protección del derecho de propiedad los atributos del dominio consistentes en el derecho de usar, gozar y disponer de la propiedad"[111].

Así, el núcleo esencial del derecho de propiedad comprendería todo el haz de facultades del propietario. El contenido esencial se confundiría con el contenido de todo el derecho de propiedad.

Vayan algunos comentarios respecto de lo señalado. En primer lugar, son muy escasos los ejemplos en que el contenido medular (esencial) de un derecho fundamental se confunde con todo el contenido del Derecho. El derecho a la vida (en cuanto derecho a no ser matado directamente) es claro, puesto que no admite injerencias graduales o parciales. En cambio, casi la totalidad de los derechos admiten grados de interferencia para hacerlos compatible con otros intereses o con las exigencias del bien común. Esto es predicable aún respecto de derechos en particular sensibles (como la intimidad) y se entiende especialmente tratándose de los derechos de contenido económico-patrimonial.

En segundo término, llama la atención que el TC chileno haya sostenido en ocasiones que el contenido esencial del derecho de propiedad comprende las tres facultades del domino como parte del contenido esencial, en circunstancias que el mismo tribunal ha señalado de modo bastante uniforme que "un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible"[112]. Si lo que se resguarda es lo esencial o medular, esta esfera no puede ser equivalente a todo el haz de facultades de un derecho fundamental y menos de un derecho como el de propiedad. La distinción entre núcleo y periferia también es aplicable al derecho de propiedad. Algunos autores han hecho ver que una idea expansiva de la propiedad, que pretende cubrir todo interés subjetivo no ilícito, tiene el riesgo de hipertrofiarla[113].

En tercer lugar, y en parte debido a lo ya señalado, se advierte una ausencia de reflexión sobre lo que constituye una privación y su vinculación con el contenido esencial del derecho de propiedad. Salvo excepciones, en que ha admitido que si una regulación priva a una parte del precio del contrato dicha "parte podría sostener que se le ha privado de la esencia de su

[111] STC (2015): Rol N° 2299-2012, c. 9° y 10°, pp. 23-24 (Monumentos Nacionales).
[112] STC roles 43/87, c. 21°; 200/1994, c. 4°; 280/1998, c. 13° y 29°.
[113] Vergara (1992); Corral (1996); Domínguez (1996); Fuentes (1998).

Actualidad Juridica 36.indd 89 01-09-17 11:59

propiedad (...) su legitima expectativa de beneficio económico"[114], disquisiciones como las señaladas son escasas. Esta distinción es importante porque permite trazar la distinción entre el contenido esencial del derecho de propiedad y su periferia, entendiendo que si se afecta el primero, cabe indemnizar sin intermediación ponderativa, mientras que en caso que se comprometa la periferia, la compensación dependerá de un proceso ponderativo cuyos lineamiento centrales dependen de factores tales como la proporcionalidad o el carácter excesivo de una carga pública.

Si bien no es este el momento de afrontar un desafío conceptual sobre lo que es el núcleo o contenido esencial de la propiedad, debe señalarse que en el Derecho Comparado hay una idea más o menos extendida de que el núcleo del derecho de propiedad se identifica como aquello que constituye una privación total o sustancial. La privación total exige la captura o inutilización del bulto completo de facultades del dominio. (Si solo algunas han sido quitadas, el TEDH los considerará como interferencias en el uso u otro tipo de interferencias[115]). En la privación sustancial lo importante es que la intervención regulativa sea, además, significativa[116]. Algunos ejemplos dan claves como para entender que hay afectación al núcleo o contenido esencial cuando ha tenido lugar una expropiación en forma (TC alemán), una "ocupación física permanente", una destrucción total o sustancial de todo valor económico (caso Loretto y Lucas, respectivamente, de la C.S. estadounidense) o una "desaparición" del derecho (TEDH, caso Sporrong).

Podría decirse que una normativa afecta el núcleo medular o contenido esencial cuando se han verificado aquellas modalidades de interferencia más graves en el derecho de propiedad, esto es, cuando tiene lugar una privación total o sustancial en el Derecho (o en su haz de facultades), el vaciamiento de su beneficio o viabilidad económica o una ocupación física permanente. Lo interesante es que dicha afectación medular –privación total o sustancial– puede ocurrir directamente (por expropiación en forma) o por efecto consecuencial de un acto regulativo o limitativo. En estas situaciones, hay una extendida coincidencia en que cabe indemnizar sin condicionar la procedencia de esta ni su monto a un test ponderativo ulterior.

En fin, el contenido esencial de derecho de propiedad es un concepto que está indisolublemente ligado a la noción de privación-expropiación de este derecho: si se produce una privación total o sustancial ello vulnerará el contenido esencial del derecho.

[114] STC (2009): Rol N° 1295-2008, c. 93.

[115] Wildhaber y Wildhaber (2009), p. 659. Coban (2004), p. 176, también coincide en que la privación de una o algunas de las facultades tampoco es privación.

[116] Allen (2000); Alexander (2006); Kriebaum (2007), p. 69; Montt (2009), p. 254 y jurisprudencia citada; López (2014).

Actualidad Juridica 36.indd 90 01-09-17 11:59

VI. Comentario final

No obstante que varios autores han sostenido que la Constitución admite que ciertas interferencias regulatorias intermedias entre privación y limitación serían indemnizables[117], conforme a los actuales estándares del TC, ninguna intervención a la propiedad sería en verdad compensable si no es formalmente expropiatoria, sin importar cuán hondo haya calado en su contenido.

Lo anterior se debe, en parte, a una incomprensión sobre el alcance de la función social de la propiedad. No toda reducción de las facultades del propietario fundada en la función social es constitucionalmente legítima porque puede no satisfacer el equilibrio que la función social conlleva. A este resultado también contribuye una insuficiencia sobre el actual criterio de magnitud regulatoria esbozado en algunos fallos. Este estándar es tan incipiente que carece de los elementos que le permitan discernir si existe una regulación que, no obstante no constituir una expropiación en regla, podría tener un efecto análogo a una privación.

Lo anterior es sin perjuicio de la falta de formulación de criterios que permitan discernir que la propiedad puede ser vulnerada por comprometer garantías distintas al derecho de propiedad, como es el caso del principio de integridad patrimonial de los particulares[118] la igualdad ante las cargas públicas y la garantía del contenido esencial de los derechos[119]. Como ha visto, la doctrina chilena cuenta con aportes que pueden contribuir a que el TC chileno afronte los desafíos aquí expuestos para dar lugar a una tercera vía de intervenciones al derecho de propiedad: las delimitaciones o regulaciones de contenido susceptibles de compensación.

Bibliografía

Aldunate Lizana, Eduardo (2006): "Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 N° 2: pp. 285-303.

Alexander, Gregory (2006): *The Global debate over Constitutional Property: Lessons from American Takings Jurisprudence* (Chicago, Chicago University Press).

Alexander, Gregory (2003): "Property as a Fundamental Constitutional Right? The German example", en *Cornell Law Review*, Vol. 88: pp. 733-778.

[117] Cea (1988), p. 60; Mohor (1989), p. 293; Ugarte (2001), p. 248; Fernández (2014), p. 251.

[118] Corral (1996); Montt (2009).

[119] Aldunate (2006); Fermandois (2010); Delaveau (2006); Fernández (2014), entre otros precedentemente indicados.

Actualidad Juridica 36.indd 91 01-09-17 11:59

Allen, Thomas (2007): "Compensation for Property under the European Convention on Human Rights", en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 28 N° 2: pp. 287-335.

Been, Vicki y Beauvais, Joel C. (2003): "The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International 'Regulatory Takings' Doctrine", en *New York University Law Review*, Vol. 78 N° 1: pp. 30-143.

Bronfman, Alan; Martínez, José Ignacio y Núñez, Manuel (2012): *Constitución Política Comentada. Parte Dogmática. Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Abeledo-Perrot).

Cea Egaña, José Luis (1988): "Delimitación y privación al dominio en la Constitución de 1980", en *XVIII Jornadas de Derecho Público Universidad de Concepción*: pp. 55-68.

Clayton, Richard y Tomlinson, Hugh (2000): *The Law of Human Rights* (Oxford, Oxford U. Press).

Cordero Quinzacara, Eduardo (2006): "La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho Chileno", en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 19 N° 1: pp. 125-148.

Cordero Vega, Luis (2007): "Los presupuestos de la responsabilidad extracontractual de la Administración", en *Apuntes de Cátedra de Responsabilidad del Estado*, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Corral Talciani, Hernán (1996): "Propiedad y cosas incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito", en *Revista Chilena del Derecho*, Vol. xxiii N° 1: pp. 13-18.

Delaveau Swett, Rodrigo (2006): "La Regulación Expropiatoria en la Experiencia Norteamericana", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 N° 3: pp. 411-438.

Dolzer, Rudolf (2002): "Indirect Expropriations: New Developments?", en *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 11: pp. 64-93.

Domínguez Águila, Ramón (1996): "Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno", en *Revista de Derecho Y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Vol. 93 N° 3: pp. 107-137.

Fermandois Vöhringer, Arturo (2010): *Derecho Constitucional Económico: Regulación, Tributos y Propiedad* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo ii).

Fernández González, Miguel Ángel (2015): "Mayor respeto hacia los derechos fundamentales: avanzar hacia las limitaciones indemnizables", en *Sentencias Destacadas 2014*: pp. 237-253.

Fishel, William (1995): *Regulatory Takings: Law, Economics and Politics* (Massachusetts, Harvard U. Press).

Fuentes Olmos, Jessica (1998): *El derecho de propiedad en la Constitución y en la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda.).

García García, José Francisco (2011): "El tribunal constitucional y el uso de 'tests': una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38 N° 1: pp. 101-138.

Actualidad Juridica 36.indd 92 01-09-17 11:59

Matute, Claudio (2014): *Expropiaciones Regulatorias* (Santiago, Thomson Reuters).

Mohor Abuauad, Salvador (1989): "Taxonomía de las Limitaciones al Dominio y Derecho de Indemnización", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. xvi: pp. 283-308.

Montt Oyarzún, Santiago (2009): *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation* (Oxford, Hart Publishing).

Miranda Reyes, Diego (2014): "Las restricciones al derecho de propiedad por actos regulatorios. ¿Gratuidad u onerosidad de la carga pública?", en Ian Henríquez (coord.) *Estudios de Regulación Empresarial* (Santiago, Thomson Reuters).

Mostert, Hanri (2004): "Recent Developments in the Jurisprudence of Art. 14 GG, 6" (manuscrito no publicado, citado por Alexander, Gregory (2003).

Newcombe, Andrew (2005): "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law", en *ICSID Review-Foreing Investment Law Journal*, Vol. 20 Issue: pp. 1-57.

López Escarcena, Sebastián (2014): *Indirect Expropiation in International Law* (Massachusetts, Levuen Global Governance).

Peñailillo A., Daniel (2006): *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Editorial Jurídica).

Papier, Hans-Jürgen (2008): "Eigentumsgarantie und Erbrecht", en *Maunz-Dürig Grundgesetz Kommentar* (Hrsg. von R. Herzog, R. Scholz, M. Herdegen y H. Klein), T. ii, 52 Lieferung (Munich, Verlag C. H. Beck).

Rajevic Mosler, Enrique (2006): "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 1: pp. 23-97.

Roller, Gerhard (2001): "Enteignung, Ausgleichpflichtige Innhaltsbestimmung und salvatorische Klauseln", en *NJW*, N° 14.

Santaella Quintero, Héctor (2010): *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia*, tesis para optar al grado de Doctor, Universidad Autónoma de Madrid, texto disponible en: https://repositorio.uam.es/handle/10486/5246.

Schwabe, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung).

Ugarte Godoy, José Joaquín (2001): "Limitaciones al Dominio. De las Meras Restricciones y de Cuando dan Lugar a Indemnización", en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 28 N° 2: pp. 425-440.

Velásquez Meléndez, Raffo (2013) "Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos", en *Revista ius et veritas*, N° 46, julio: pp. 228-256.

Vergara Blanco, Alejandro (1991): "La propietarización de los derechos", en *Revista Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. xiv: pp. 281-291.

Wildhaber, Luzius y Wildhaber, Isabelle (2009): "Recent Case Law on the Protection of Property in the European Court of Human Rights", en Christina Binder (eds.),

Actualidad Juridica 36.indd 93 01-09-17 11:59

International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer (New York, Oxford U. Press): pp. 657-677.

Zapata Larraín, Patricio (2008): *Justicia Constitucional* (Santiago Editorial Jurídica).

Zúñiga Urbina, Francisco (2013): "Comentario a la sentencia del tribunal constitucional sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 41 del DFL 850 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840 de 1964 y del DFL 206 de 1960", en *Anuario de Derecho Público 2013*, Universidad Diego Portales: pp. 145-172.

Normas

Constitución Política de la República 1980.

Constitución de Sudáfrica.

Decreto ley Nº 1939/1977.

Jurisprudencia

A) Sentencias Nacionales

Tribunal Constitucional Rol N° 43-1987, 24 de febrero de 1987.

Tribunal Constitucional Rol N° 146-1992, 21 de abril de 1992.

Tribunal Constitucional Rol N° 167-1993, 6 de abril de 1993.

Tribunal Constitucional Rol N° 207-1995, 10 de febrero de 1995.

Tribunal Constitucional Rol N° 245-1996, 2 de diciembre de 1996.

Tribunal Constitucional Rol N° 246-1996, 2 de diciembre de 1996.

Tribunal Constitucional Rol N° 253-1997, 15 de abril de 1997.

Tribunal Constitucional Rol N° 280-1998, 20 de octubre de 1998.

Tribunal Constitucional Rol N° 334-2001, 21 de Agosto de 2001.

Tribunal Constitucional Rol N° 505-2006, 6 de marzo de 2007.

Tribunal Constitucional Rol N° 506-2006, 6 de marzo de 2007.

Tribunal Constitucional Rol N° 790-2007, 11 de diciembre de 2007.

Tribunal Constitucional Rol N° 943-2007, 10 de junio de 2008.

Tribunal Constitucional Rol N° 1215-2008, 30 de abril de 2009.

Tribunal Constitucional Rol N° 1284-2008, 24 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional Rol N° 1295-2008, 06 de octubre de 2009.

Tribunal Constitucional Rol N° 1141-2009, 17 de marzo de 2009.

Tribunal Constitucional Rol N° 1309-2010, 20 de abril de 2010.

Tribunal Constitucional Rol N° 1991-2011, 24 de julio de 2012.

Actualidad Juridica 36.indd 94 01-09-17 11:59

Tribunal Constitucional Rol N° 1993-2011, 24 de julio de 2012.

Tribunal Constitucional Rol N° 2043-2011, 24 de julio de 2012.

Tribunal Constitucional Rol N° 2077-2011, 24 de julio de 2012.

Tribunal Constitucional Rol N° 2078-2011, 24 de julio de 2012.

Tribunal Constitucional Rol N° 2079-2011, 24 de julio de 2012.

Tribunal Constitucional Rol N° 2299-2012, 29 de enero de 2014.

Tribunal Constitucional Rol N° 2644-2014, 27 de enero de 2015.

Tribunal Constitucional Rol N° 2684-2014, 10 de septiembre de 2015.

b) Sentencias Extranjeras

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sporrong and Lönnroth v. Sweden, sentencia, 23 de septiembre de 1982.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, James and Others v. UK (1986), sentencia, 21 de febrero de 1986.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Papamichalopoulos and Others v. Greece, Series A Nº 260-B, sentencia, 24 de junio de 1993.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Hentrich v. Francia, sentencia, 22 de septiembre de 1994.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Holy Monasteries v. Greeece, sentencia, 9 de diciembre de 1994.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Velosa Barreto v. Portugal, sentencia, 21 de noviembre de 1995.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Chassagnou and Others v. France, Reports of Judgments and Decisions 1999-III, sentencia 29 de abril de 1999.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Immobiliare Saffi v. Italy, Reports of Judgments and Decisions 1999-V, sentencia, 28 de julio de 1999.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Seryavin and Others v. Russia, sentencia, 10 de enero de 2000.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Beyeler v. Italia, sentencia, 5 de enero de 2000.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Hutten-Czapska v. Polska, sentencia, 22 febrero de 2005.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Schneider v. Luxembourg, sentencia, 10 julio de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Forminster Enterprises Limited v. Czech Republic, sentencia, 9 de octubre de 2008.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Moskal v. Polska, sentencia, 15 de septiembre de 2009

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Saliba and Others v. Malta, sentencia, 22 de noviembre de 2011.

Actualidad Juridica 36.indd 95 01-09-17 11:59

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Lindheim and Others v. Norway, sentencia, 12 de junio de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Hermann v. Germany, sentencia, 26 de junio de 2012.

Sentencia BVerfGE 52, 1 Caso Pequeños Huertos (1979).

Sentencia BVerfG, 1 BvR 558/91 vom 26.6.2002, Absatz-Nr.

Sentencia BVerfGE 100, 226 (1999).

Corte Suprema de Estados Unidos, 438 U.S. 104, 125 (1978).

Corte Suprema de Estados Unidos, 458 U.S. 419, 435 (1982).

Corte Suprema de Estados Unidos, 447 U.S. 255, 260 (1980).

Corte Suprema de Estados Unidos, 481 U.S. 704, 114 (1981).

Corte Suprema de Estados Unidos, 481 U.S. 704, 116 (1981).

Corte Suprema de Estados Unidos, 458 U.S. 419, 441 (1982).

Corte Suprema de Estados Unidos, 483 U.S. 825, 832 (1987).

Corte Suprema de Estados Unidos, 483 U.S. 825, 834 (1987).

Corte Suprema de Estados Unidos, 483 U.S. 825, 836 (1987).

Corte Suprema de Estados Unidos, 483 U.S. 825, 837 (1987).

Corte Suprema de Estados Unidos, 505 U.S. 1003, 1017 (1992).

Corte Constitucional de Colombia, C-831 de 2007.

STC de Perú, 1735-2008-AA, 20 de mayo de 2008.

STC de Perú, 0239-2010-AA, 5 de noviembre de 2012.

Alta Corte de Sudáfrica, Joubert and Others v. Van Rensburg and Others, 2011.

Actualidad Juridica 36.indd 96 01-09-17 11:59

CONCEPCIÓN, NACIMIENTO Y VIDA: SU CUESTIONABLE MÉRITO INDEMNIZATORIO
(Una lectura panorámica relativa a las *wrongful actions*)

CONCEPTION, BIRTH AND LIFE: ITS QUESTIONABLE MERIT INDEMNIZATION
(A panoramic reading of wrongful actions)

*Renzo Munita Marambio**

Resumen: El objeto de este trabajo corresponde a abordar el tratamiento indemnizatorio de eventos subjetivamente dañosos, vinculados a la existencia natural o legal de un ser humano. Comprendemos dentro de este espectro, tanto el cuestionable daño sufrido por quien quiso evitar un embarazo sin éxito en razón de una infracción a la *lex artis*; aquel que se identifica con la pérdida de la oportunidad de abortar, en caso de haber conocido la condición con la que venía el niño; como incluso aquel que tiene relación con la consideración de la vida misma (*post* nacimiento) como un daño. El estudio de estos temas se realizará desde la perspectiva de países exponentes del sistema anglosajón como del latino continental de responsabilidad civil. En particular, respecto de las acciones a través de las cuales puede ser demandada la indemnización. Nos referiremos, entonces, a las *wrongful actions* y, en particular, a la acción por *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*, de acuerdo con la terminología tradicional anglosajona[1]. Lo que para nosotros corresponde a decir "acción por concepción injusta", "nacimiento injusto y vida injusta".

* Doctor en Derecho Privado por la Universidad Grenoble Alpes, Francia. Magíster en Derecho Privado por la Universidad Grenoble 2, Francia. Licenciado en Derecho por la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile. Abogado. Profesor Investigador Universidad del Desarrollo.

Las citas de textos en francés y en inglés son traducciones libres del autor.

[1] Martín (2000), pp. 182-183. No todos los autores coinciden en la calificación de las acciones. Sobre este punto véase Ataz (2006), p. 343.

Actualidad Juridica 36.indd 97 01-09-17 11:59

Palabras clave: Indemnización – Daño – Wrongful Actions – Nacimiento – Vida.

Abstract: The purpose of this paper is to address the compensatory treatment of subjectively harmful events, linked to the natural or legal existence of a human being. We understand within this spectrum, both the questionable damage suffered by those who wanted to avoid pregnancy without success because of an infringement of the lex artis; The one who identifies with the loss of the opportunity to have an abortion, if he or she has known the condition with which the child came; As even that which relates to the consideration of life itself (post-birth) as a damage. The study of these topics will be carried out from the perspective of countries that are exponents of the Anglo-Saxon system and of the Latin American continental civil liability. In particular, with respect to the actions through which compensation may be claimed. We will then refer to wrongful actions, and in particular to wrongful conception, wrongful birth, and wrongful life, according to the traditional Anglo-Saxon terminology. What for us corresponds to say, action by unjust conception, unjust birth and unjust life.

Key words: Indemnization – Damage – Wrongful Actions – Birth – Life.

* * *

Introducción

Ha sido discutida en doctrina, jurisprudencia e, incluso, legalmente la posibilidad de reclamar indemnizaciones de perjuicios sostenidas en las malformaciones o deficiencias graves que presenta un recién nacido, en circunstancias que ellas no fueron oportunamente comunicadas por el médico durante el embarazo, y que de haber sido conocidas, la madre hubiera optado por el aborto de la vida en gestación[2]. En otros términos, los progenitores no reciben la información relativa a la existencia de anomalías o de riesgos en el feto, las cuales, en el entendido de un correcto desempeño por parte del profesional, bien podrían haber sido comunicadas[3]. En esta línea, los daños se vinculan a la posibilidad que asiste a la madre de haber podido dar término al embarazo.

La constatación anterior puede afectar intereses desde una doble perspectiva: tanto respecto de los padres, como respecto del niño. Así, ha sido va-

[2] Macía (2008), p. 200.

[3] Para un análisis comparado sobre la cuestión, que si bien data ya de más de una década, no ha perdido su valor científico: Markesinis (2001), p. 77 y ss.; en cuanto a la responsabilidad derivada de diagnósticos prenatales: De Ángel Yagüez (1996), p. 108.

Actualidad Juridica 36.indd 98 01-09-17 11:59

lorada una formulación de acciones indemnizatorias derivadas del nacimiento del niño invocables por sus progenitores, como por parte del mismo niño en razón del hecho su vida, estimada como injusta.

En sentido de lo expuesto, la jurisprudencia anglosajona es rica en pronunciamientos relativos a eventos como los descritos, calificando como figuras de *wrongful birth* las acciones deducidas por los padres, destinadas a demandar la indemnización de los daños derivados del "nacimiento injusto" de su hijo (tanto respecto de angustias, como de daños patrimoniales derivados del embarazo y del parto propiamente tal, así como en razón de los gastos de educación y de mantenimiento del hijo). Dichos daños, se estima, se caracterizan por ser una consecuencia causal del actuar negligente del médico, los cuales deben ser indemnizados, siempre que se demuestre que la mujer se hubiera practicado un aborto de saber las condiciones con las que venía en feto.

También se registran las denominadas acciones de *wrongful life* que son aquellas demandas que persiguen la indemnización por los daños experimentados por el hijo, derivados del hecho mismo de haber nacido o de su "vida injusta". Dichos daños son vinculados a la condición de desarrollar una vida como discapacitado.

Es del caso hacer presente *que el daño puede situarse, asimismo, en un espectro jurídico previo a la concepción*. Luego, puede ser discutido el perjuicio de aquellos padres que acuden al médico para efectos de que les comuniquen los posibles riesgos de concebir un hijo en atención a su respectiva carga genética. De aquí que la discusión puede tener relación con la intención frustrada de no querer transmitir descendencia, en orden a que la operación destinada a la esterilización de uno de los progenitores fue practicada negligentemente. En palabras de la profesora A. Macía M., en el ejercicio de la acción en referencia

> "se plantea una demanda de responsabilidad por parte de uno o de ambos progenitores ante el nacimiento de un hijo que no habían planeado tener; nacimiento que, de hecho, se ha tratado de evitar. Aunque el niño nace sano (...), es precisamente el hecho del nacimiento no deseado, el daño sobre el cual se establece la demanda: se reclama indemnización por los gastos que acarrea el nuevo miembro de la familia, así como (en ocasiones) daño moral por el embarazo no deseado"[4].

Dichas acciones se denominan en la jurisprudencia anglosajona de *wrongful conception*, entendida como aquellas que tienen por objeto obtener una indemnización por el "embarazo injusto"[5].

Con todo, el fenómeno de los daños identificados con la vida gestacional o con la vida natural implica la reflexión obligada de cuestiones filosóficas y religiosas relativas al derecho a la vida y al valor que se le asigna a la misma, en

[4] Macía (2005), p. 53.
[5] Ataz (2006), p. 342.

Actualidad Juridica 36.indd 99 01-09-17 11:59

cada uno de los países en los cuales se ha discutido el tema que comentamos. Luego, el planteamiento de una indemnización relativa a que el menor hubiera preferido no vivir que vivir en las condiciones en las que desarrolla sus aptitudes vitales, o que los progenitores, de haber sabido los problemas que presentaría su hijo, no lo hubieran tenido, en justicia puede significar un contrasentido con aquellas concepciones que defienden el valor superior que se le asigna a la vida del ser humano. En este sentido, exponemos las palabras del profesor H. Corral T., quien critica "el desquiciamiento al que se puede llegar cuando el derecho deja de reconocer al ser humano y a su dignidad" agregando más adelante:

> "un hijo siempre es un don y no una carga. Un ser humano aunque limitado y enfermo, es siempre una persona que incrementa la bondad y la belleza del mundo"[6].

Es del caso hacer presente que criterios como el indicado motivaron hace algunas décadas a que algunas jurisdicciones estadounidenses se refirieran a la indemnización de daños derivados del nacimiento en duros términos, rechazando categóricamente las reparaciones. En este sentido, se indicó por jueces contrarios a esta corriente indemnizatoria que tales alegaciones implicaban una "actitud social facista-orweliana de pureza genética"[7].

Por nuestra parte, nos sumamos a las opiniones antes apuntadas. Por cuanto, si bien el interés de redactar estas líneas obedece a plantear la cuestión a título de manifestación de un comentado fenómeno de diversificación de daños, el cual abordaremos sin ingresar en el detalle de formulaciones filosóficas o religiosas, sería ingenuo afirmar, en nuestro entender, que comentarios relativos a esta naturaleza de contenciosos pudieran verificarse con independencia de las convicciones más íntimas de quien redacta estas líneas. De aquí que en este punto sigamos a la profesora A. Macía M., quien afirma:

> "el estudio de estas acciones y su rechazo o aceptación se ha justificado a través de argumentos que, en realidad, tienen más que ver con la propia ideología del jurista o del tribunal, que con la aplicación estricta de la responsabilidad civil y el análisis de la concurrencia de sus elementos en este tipo de supuestos. La estrecha relación entre la reclamación de responsabilidad civil y el hecho de la vida pone de relieve la existencia de un importante componente ético o moral en estas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* que decide en muchas ocasiones el tratamiento que reciben y la aplicación de soluciones que no atienden tanto a los principios y valores reconocidos e integrados en el ordenamiento como a las propias convicciones personales"[8].

---

[6] Corral (2003), p. 162.

[7] Gildiner v. Thomas Jefferson University Hospital, 451 F. Supp. 692, 695 (1978), citado por Teff (1985), p. 427.

[8] Macía (2009), p. 180.

Actualidad Juridica 36.indd 100 01-09-17 11:59

De aquí que no seamos cautos en manifestar, que este tipo de acciones constituyen un atentado abierto a las concepciones humanistas sobre las cuales se ha cimentado nuestro derecho, que con tanto ímpetu un determinado sector pretende alterar en la actualidad, particularmente mediante la discusión del proyecto de ley sobre la mal llamada "interrupción del embarazo" en tres causales (se agregan comillas por cuanto no es más que el reconocimiento del aborto el cual se pretende legitimar. Obedece la terminología propuesta entonces, al ejercicio de una técnica legislativa destinada a suavizar el lenguaje. Consideramos pertinente la referencia al proyecto, por cuanto consideramos que la causal de aborto por violación, abre la puerta a un aborto libre. Lo anterior por cuanto una mujer, víctima de la angustiosa situación en la que vive –embarazo juvenil, por ejemplo–, bien podría afirmar haber sido violada y en definitiva abortar sin mayor prueba que su propio testimonio. Recordemos, además, que la violación constituye un delito que debe ser probado y declarado por sentencia judicial. Cuestión que, con seguridad, se verificará varios meses después al aborto mismo. Luego, bien puede darse la infeliz paradoja que el niño haya sido abortado por ser el fruto de una supuesta violación, que en los hechos no fue probada e incluso ni siquiera denunciada).

Plan

Siguiendo la técnica jurisprudencial de algunos países, apreciamos que existe una tendencia relativa a la aceptación del resarcimiento derivado del nacimiento injusto o *wrongful birth*, así como de la concepción injusta o *wrongful conception*; mientras que normalmente ha sido rechazada la indemnización del hecho de vivir o *wrongful life*[9]. En las líneas que siguen abordaremos, primero, el impacto de estas acciones mediante una revisión jurisprudencial de diversas latitudes (I); para, posteriormente, referirnos a la pertinencia indemnizatoria de las figuras señaladas (II).

Primera parte
Ilustraciones jurisprudenciales relativas al mérito indemnizatorio de daños vinculados a la vida humana

Antes de ingresar en el análisis de esta primera parte, resulta conveniente hacer una referencia a los *supuestos necesarios para la retención de* WRONGFUL ACTIONS *por parte del tribunal respectivo.* Así, si bien respecto de las acciones

[9] Strasser (1999), p. 29.

Actualidad Juridica 36.indd 101 01-09-17 11:59

por *WRONGFUL CONCEPTION* o "concepción injusta" resulta indispensable: la infracción a la *lex artis* en la operación destinada a la esterilización del hombre o de la mujer –verificándose la fecundación con posterioridad, o la verificación de un cumplimiento defectuoso de la obligación de información de parte del médico; respecto de las acciones por *WRONGFUL BIRTH* o "nacimiento injusto" así como por *WRONGFUL LIFE o* "vida injusta" constituye pieza fundamental la regulación legal del aborto en términos de derecho. En este sentido, el *wrongful birth* persigue lograr una indemnización por el incumplimiento negligente del médico de su obligación de comunicar una condición desmejorada del feto, cuestión que de haber sido conocida por la madre se hubiera optado por el aborto del mismo. El *wrongful life*, por su parte, se vincula al perjuicio que habría experimentado el mismo hijo que nació con una condición particular, toda vez que su madre no lo abortó a consecuencia de la negligencia del especialista.

Pues bien, una vez realizada la aclaración antes mencionada, nos ocuparemos de una revisión panorámica de la situación jurisprudencial de las indicadas acciones. En este cometido, nos pronunciaremos sobre el tratamiento asignado por países exponentes del sistema anglosajón de responsabilidad, en un primer tiempo (A); para en un segundo tiempo, referirnos a países concernientes al sistema latino continental (B).

A. Referencias jurisprudenciales en países exponentes del sistema anglosajón de responsabilidad

A lo largo de este punto nos referiremos a la jurisprudencia de Estados Unidos (1) y del Reino Unido (2).

1. Tratamiento del fenómeno a la luz de la jurisprudencia de Estados Unidos.

Los análisis permiten ser distinguir respecto de eventos relativos a la negligencia del médico en la intervención quirúrgica destinada a la esterilización de uno de los progenitores (a); como manifestada en el error de diagnóstico traducido en la omisión de enfermedades o deficiencias graves del recién nacido (b).

a. En cuanto a la negligencia en la operación destinada a la esterilización de uno de los progenitores. Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful conception*

Tribunales estadounidenses se han referido al mérito indemnizatorio del *wrongful conception* desde el año 1934. La jurisprudencia se inaugura mediante un rechazo a la indemnización en el juicio Christensen v. Thornby. En efecto,

Actualidad Juridica 36.indd 102 01-09-17 11:59

la Corte Suprema de Minnesota por sentencia de 22 de junio, se pronunció absolviendo a un médico, que practicó negligentemente una vasectomía. En los hechos la mujer del paciente resultó embarazada. Se hace presente que la operación había sido recomendada en atención a los riesgos corridos por la mujer en caso de esperar familia. Este elemento es importante, puesto que finalmente la Corte rechazó la indemnización, en atención a que el embarazo se desarrolló en términos normales, sin daño para la mujer. Dispuso el tribunal:

> "El objetivo de la operación correspondía a proteger a la mujer en cuanto a las posibilidades de daños respecto de su vida en atención a un parto. El propósito no correspondía a evitar los gastos propios del embarazo y parto. La mujer sobrevivió. En lugar de perder a su esposa, el demandante ha sido bendecido con la paternidad de otro niño"[10].

Más adelante, se constata una tendencia en la jurisprudencia estadounidense relativa a acoger la indemnización por los daños derivados del *wrongful conception*. Así, en el juicio Custodio v. Bauer, resuelto por la Corte Suprema de California por sentencia de 24 de mayo de 1967. En la especie, se demandó la indemnización de los daños derivados de la defectuosa operación de ligamiento de trompas practicada a una mujer, que resultó embarazada meses más tarde. El perjuicio se tradujo en los gastos referidos a la crianza del hijo y a la esterilización a la que se sometería la mujer con posterioridad. El tribunal consideró que "la alegría de un hijo no deseado no superaban los gastos económicos". En consecuencia, se dio lugar a la indemnización por cuanto, los costos económicos para criar al hijo no deseado podrían restar parte del ingreso total de la familia de los otros miembros de esta[11]. El criterio antes expuesto se constata, asimismo, en otras sentencias, tales como aquella que se dictó en el contencioso Wilbur v. Kerr, por la Corte Suprema de Arkansas el 8 de marzo de 1982[12]. En esta, se ordenó la indemnización de los daños derivados de la vasectomía realizada negligentemente y en las consecuencias del embarazo verificado, esto es, sin considerar dentro de la indemnización a los gastos de manutención, soporte y educación del hijo. El tribunal ordenó, luego de argumentar el rechazo a la indemnización de gastos derivados de la crianza del niño nacido:

> "No decimos que un médico no tenga que responder por la comisión de un acto tan negligente. El médico es responsable de la integridad de los daños relacionados con la operación y con el embarazo (...). Nos

[10] Christensen v. Thornby (1934) 192 Minn., at p. 126 [255 N.W. at p. 622]. Considerando disponible en línea: http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/251/303.html. Cf. Wilmoth (1980), p. 623.

[11] Custodio v. Bauer, 251 Cal. App. 2d 303, 324, 59 Cal. Rptr. 463, 477 (1967). Cf. Braverman (1978), p. 431.

[12] Wilbur V. Kerr, 628 S.W.2d 568 (1982). Taylor (1982), p. 593.

Actualidad Juridica 36.indd 103 01-09-17 11:59

> unimos a los tribunales que reconocen estos daños como válidos que pueden ser resarcidos en estos casos. Es el costo de criar a un hijo no deseado y saludable el cual consideramos que no debe ser permitido".

Por su parte, ordenando una indemnización integral de los daños, es decir, derivados del hecho del embarazo y de la crianza, se ha pronunciado la Corte Suprema de Massachusetts, respecto del litigio Burke v. Rivo[13], de 1 de marzo de 1990. En la especie, se ordenó:

> "los padres pueden recuperar el costo de la crianza (al menos inicialmente) del hijo no deseado normal y saludable, pero solamente si su razón para buscar la esterilización fue fundada en consideraciones económicas o financieras"[14].

Es del caso desprender de los criterios jurisprudenciales antes expuestos, que son dos las corrientes indemnizatorias recogidas por las Cortes estadounidenses a la hora de ordenar el resarcimiento de daños derivados de la concepción entendida como injusta[15].

Por un lado, existen Cortes que confieren indemnizaciones parciales, mientras que existen otras que conceden indemnizaciones integrales. Las primeras comprenden los daños derivados del embarazo, la esterilización defectuosa y los costos del nacimiento, entre ellas: daño moral, daño patrimonial por los fallos de los sistemas contraceptivos; mientras que las segundas comprenden, además de las anteriores, los costos de manutención, educación y soporte del menor. Se hace presente que el carácter especulativo de esta categoría de daños es la que aleja a las cortes de acceder a indemnizaciones integrales[16].

Por otro lado, siguiendo a las autoras C. A. Andalia y Sh. S. Boston, es posible afirmar que hasta el año 2013, 42 Estados reconocen el *wrongful conception* como categoría de perjuicio indemnizable. Entre ellos, 31 han ordenado indemnizaciones parciales, mientras que 7 de ellos han ordenado indemnizaciones integrales, 3 han reconocido el daño, sin precisar los criterios indemnizatorios y 1 ha, incluso, aplicado daños punitivos[17].

Más allá de lo anterior, también la omisión en la comunicación de particularidades graves de la persona que habrían impedido a la madre abortarlo, también ha sido planteada como categoría de perjuicio, según veremos.

---

[13] Burke v. Rivo, 406 Mass. 764, 551 N.E.2d 1 (1990), Cf. Garfinkle (1991)
[14] Burke v. Rivo, p. 772.
[15] Macía (2005), p. 53.
[16] Williams (1990).
[17] Andalia y Boston (2013).

Actualidad Juridica 36.indd 104 01-09-17 11:59

b. En cuanto a la negligencia del médico relativa
a la no comunicación de malformaciones o deficiencias graves del hijo, constatadas a la época del nacimiento.

En este escenario pueden ser analizados dos tipos de perjuicios, aquellos que tiene relación con los daños derivados de la verificación del nacimiento (1°) y aquellos derivados de la vida misma del menor (2°).

1° Respecto de los daños derivados del hecho del nacimiento.
Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful birth*

El primer precedente que abordó la cuestión de los daños sufridos por la madre, relativos al nacimiento de un hijo con problemas graves de salud, pudiendo estos haberse identificado con anterioridad al nacimiento, y en tal caso haberse impedido el nacimiento del hijo, corresponde a la sentencia que resolvió el contencioso Gleitman vs. Cosgrove, pronunciada por la Corte de Suprema de Nueva Jersey con fecha 6 de marzo de 1967[18]. La indicada sentencia rechazó las acciones indemnizatorias reclamadas tanto desde el prisma del *wrongful birth* como desde el prisma del *wrongful life* (según veremos más adelante). En los hechos, las acciones se argumentaron a la luz del diagnóstico y tratamiento asignado en relación con la rubéola que había padecido una madre durante su embarazo. El médico habría informado que la enfermedad no tendría ninguna repercusión en el feto. Dicho diagnóstico fue incorrecto y el recién nacido presentó trastornos auditivos, visuales y vocales. El tribunal, desestimando, en definitiva, la acción indemnizatoria, y refiriéndose a los costos incurridos en la curación y cuidado del niño, expuso:

> "A pesar de que hay una conexión obvia entre la pérdida de la opción de abortar y esos costos, me parece que la reclamación de los padres por concepto de gastos incurridos en la curación y el cuidado del bebé presupone, en última instancia, a una demanda en interés del niño"[19].

Más allá de lo anterior, el rechazo se tradujo en las dificultades de valoración del perjuicio. Indica la sentencia:

> "Problemático, sin embargo, es la medida de daños y perjuicios. Dos elementos importantes nos vienen a la mente a la vez, los gastos de curación médica y el costo de mantenimiento del niño"[20].

El criterio antes expuesto no debe ser estimado como definitivo, por cuanto existen resoluciones judiciales que han resuelto reconocer el daño de los progenitores en lo que respecta el nacimiento de su hijo, es decir, por vía de *wrongful birth*.

[18] Gleitman vs. Cosgrove, 49 N.J. 22 (1967).
[19] *Op. cit.*, 64.
[20] *Ibid*.

Actualidad Juridica 36.indd 105 01-09-17 11:59

Así, la sentencia que resuelve el contencioso Jacobs v. Theimer pronunciada por la Corte Suprema de Texas con fecha 19 de marzo 1975[21]. En los hechos, una mujer acude a un establecimiento de salud con motivo de consultar si los síntomas que padecía correspondían o no a la rubéola. La respuesta del médico demandado fue negativa, naciendo el menor con múltiples secuelas. La mujer demandó al médico por concepto de daños derivados del tratamiento y atención médica del menor, y de su propio daño emocional. El tribunal ordenó la indemnización de los daños derivados del hecho del nacimiento, en atención a la negligencia incurrida por el doctor Theimer. En este sentido, la sentencia apoyándose en el criterio enseñado en Wilson v. Scott, 412 SW2d 299 (Tex. 1967), expuso:

> "El Dr. Thiemer se encontraba sujeto a la obligación de comunicar razonadamente el diagnóstico, y los riesgos del tratamiento propuesto, respecto de la continuación del embarazo, como lo hubiere hecho normalmente un médico en las mismas circunstancias"[22].

Más adelante, la sentencia criticando el rechazo en la partida referente al *wrongful birth*, efectuado por parte del fallo en Gleitman vs. Cosgrove, ya citado, enseña:

> "es imposible para nosotros justificar una política que prive a los padres de la información en atención a la cual podrían haber elegido interrumpir un embarazo con altas probabilidades de que nazca un niño con deformidades (...)"[23].

En el sentido expuesto, la sentencia dictada en el contencioso Becker v. Schwartz, por la Corte de Apelaciones de Nueva York, el 27 de diciembre de 1978[24], condenó a un médico, en atención a la omisión en la información relativa al síndrome de Down del hijo de la demandante. En los hechos, la madre de autos recurrió al profesional de salud, pidiendo se le comunicaran los riesgos relativos a su estado de gravidez, no obstante tener más de treinta y cinco años de edad. El facultativo no comunicó ni riesgos ni la disponibilidad de acceder al examen de la amniocentesis y los procedimientos de prueba relacionados con la constatación de la condición del feto. El tribunal ordenó:

> "el demandante puede obtener indemnización por los daños derivados de las consecuencias perjudiciales probadas causadas directamente por la infracción".

[21] Jacobs vs. Theimer (1975).
[22] Jacobs v. Theimer [519 SW2d 848].
[23] *Op. cit.* [849].
[24] Becker v. Schwartz, 46 N.Y.2d 401 (1978). Dewitt (1982), p. 724.

Actualidad Juridica 36.indd 106 01-09-17 11:59

Sin perjuicio de lo anterior, es rechazada la indemnización derivada de los daños morales por cuanto:

> "los padres de un bebé con dificultades sufrirán la angustia que sólo los padres pueden experimentar respecto del nacimiento de un niño en un estado deteriorado. Sin embargo, a pesar del nacimiento de un niño afectado por una anomalía, (...) los padres pueden todavía experimentar un amor que incluso una anomalía no puede suprimir plenamente"[25].

Podemos citar, asimismo, la sentencia que decidió el contencioso Barder v. Johnson, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Indiana, el 14 de enero de 1997[26]. En los hechos, tanto el padre como el primer hijo de la demandante nacieron con defectos congénitos de índole visual. Cuando la madre resultó embarazada por segunda vez, los padres se hicieron informar respecto de la verificación de la salud del feto. Los médicos comunicaron que el niño venía sano, lo cual fue efectivo. Sin perjuicio de lo anterior, cuando la madre resultó embarazada por tercera vez, los padres nuevamente pretendieron hacerse informar respecto del estado del feto. En este punto, según se desprende de las pruebas rendidas, el seguimiento del embarazo no se realizó en el momento oportuno, naciendo el niño con múltiples defectos de nacimiento, falleciendo cuatro meses después. El tribunal determinó que los padres del menor fallecido podían obtener una indemnización derivada de:

(1) los gastos extraordinarios necesarios para tratar el defecto de nacimiento,
(2) los gastos médicos o educativos adicionales atribuibles al defecto de nacimiento durante la minoría de edad del niño,
(3) los gastos médicos y hospitalarios incurridos como resultado de la negligencia del médico,
(4) el dolor físico sufrido por la madre,
(5) daños derivados del hecho de un miembro de la familia sea muerto a causa de la negligencia de un tercero (*loss of consortium*) y
(6) la angustia mental y emocional sufrido por los padres[27].

Más reciente es el contencioso Levy v. Oregon's Legacy Health Hospital, respecto del cual la sentencia dictada por el Multnomah County Circuit Court, con fecha 27 de abril 2012, reconoció otro caso de *wrongful birth*. En los hechos, la hija del matrimonio de Ariel y Deborah Levy nació con síndrome de Down. La madre de la menor, durante su etapa gestacional, preguntó a un médico si su hija presentaba un desarrollo normal, lo cual fue respondido afirmativamente por parte del especialista. Lamentablemente, un examen de sangre practicado después del nacimiento demostró que la niña padecía la

[25] Becker v. Schwartz, 46 N.Y.2d 414.
[26] Barder v. Johnson, 675 N.E.2d 1119 (1997).
[27] Render *et al.* (1998), p. 630.

Actualidad Juridica 36.indd 107 01-09-17 11:59

indicada anomalía. Los daños reclamados por los padres derivan de la imposibilidad de haber sido sometida la señora Levy a un aborto en caso de haber sabido oportunamente la condición de su hija[28]. En definitiva, el establecimiento de salud fue condenado a la suma de 2,9 millones de dólares de indemnización.

Siguiendo a las autoras C. A. Andalia y Sh. S. Boston[29],hacemos presente que hasta el año 2013, son 25 Estados los que reconocen el *wrongful birth* como categoría de perjuicio. Podemos decir que acciones que han sido presentadas se dividen en dos categorías. La primera, respecto del error de diagnóstico relativo a la mujer o a su pareja sexual como portadores de una carga genética capaz de provocar deficiencias o discapacidades específicas, una vez que la concepción ya ha sido consumada. La segunda, respecto del diagnóstico defectuoso del feto relativo a un trastorno genético o congénito.

Indicado lo anterior, nos referiremos al tratamiento del *wrongful life* en el Derecho de Estados Unidos.

2° Respecto de los daños derivados del hecho de vivir. Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful life*

En nuestro entender, la formulación indemnizatoria de daños de naturaleza como la indicada, corresponde a una de las consecuencias de la sentencia pronunciada en el contencioso Zepeda v. Zepeda, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Illinois, el 3 de abril de 1963[30], litigio en el que se ejercitó una acción de vida insatisfactoria o de *disadvantaged* o *dissatisfied life*[31]. En ella se discutió el mérito indemnizatorio derivado de los daños alegados por un menor en atención a su calidad de hijo ilegítimo (en los hechos el padre había planteado a la madre tener relaciones sexuales convenciéndola bajo el pretexto de casarse en caso de resultar embarazada). Dicha condición había impedido su desarrollo en términos de normalidad, perturbación que a su juicio debía ser indemnizada. Si bien, se deja constancia en la sentencia que respecto del demandante "su nacimiento adulterino le ha puesto bajo una discapacidad permanente"[32], es también enseñado que "el reconocimiento de la reclamación del demandante significa la creación de un nuevo *tort*: derivado de la acción denominada *wrongful life*. Las consecuencias jurídicas de un *tort* de esta naturaleza son enormes, el impacto social podría ser asombroso"[33]. Se rechazó, en definitiva, la acción en responsabilidad, argumentándose por parte del tribunal:

[28] Fishman (2012).
[29] Andalia y Boston (2013).
[30] Zepeda vs Zepeda, 41 Ill. App. 2d 240 (1963).
[31] Pacheco-Jiménez (2011), p. 6.
[32] Zepeda vs Zepeda, 41 Ill. App.2d 258.
[33] *Op. cit.*, 259.

Actualidad Juridica 36.indd 108 01-09-17 11:59

> "si queremos disponer de una acción legal para un concepto tan radical como la *wrongful life*, esto debe venir después de un estudio exhaustivo de sus consecuencias"[34].

Por un lado, nos parece acertada la decisión del tribunal por cuanto problemas relativos a la calificación de hijos legítimos o ilegítimos y otros equi--valentes, merecen regulaciones desde la órbita de planteamientos estatales, lejanos al recurso indemnizatorio de la responsabilidad civil. Por otro, la proyección realizada por la Corte en el juicio antes señalado, fue efectiva. Lo indicado, por cuanto la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses demuestra la actividad de que ha sido objeto la formulación de daños por vía de la acción por *wrongful life*, aun cuando la tendencia pretoriana sea contraria a ordenar indemnizaciones derivadas del "daño de vivir"[35].

Esto se demuestra, por ejemplo, en la sentencia ya citada Gleitman vs. Cosgrove, por la cual el tribunal rechazó la indemnización por la vía descrita, por cuanto:

> "la medida normal de daños y perjuicios en las acciones de responsabilidad civil es compensatorio. Los daños se miden mediante la comparación de la condición que el demandante sin una actuación negligente, respecto de la condición deteriorada del demandante como resultado de la negligencia. El nacido tendría que medir la diferencia entre su vida con defectos respecto del vacío absoluto de la no existencia, lo cual es imposible. Este tribunal no puede sopesar el valor de la vida con impedimentos contra la no existencia de la vida misma"[36].

Sin perjuicio de lo anterior, se detectan sentencias en las que han sido ordenadas indemnizaciones bajo el fundamento del *wrongful life*, entre ellas, por ejemplo, la sentencia que decidió el litigio Park v. Chessin[37], pronunciada por la Corte Suprema de Queens, con fecha 2 de septiembre de 1976. En los hechos, en 1969, la señora Hetty Park dio a luz a un niño afectado por una enfermedad renal poliquística infantil; a causa de dicha enfermedad, el bebé murió cinco horas después de que naciera. Con posterioridad a la fatal experiencia, los padres pidieron a los médicos información relativa a los riesgos de tener otro niño afectado por el mismo mal. La respuesta de los profesionales fue que dicho riesgo era prácticamente nulo, por cuanto la enfermedad no era hereditaria. Sin embargo, un año después, la madre dio a luz una niña, Lara, que también sufrió de la enfermedad renal poliquística infantil, falleciendo a

[34] Zepeda vs Zepeda, 41 Ill. App.2d 260.

[35] En efecto, solo se registran precedentes jurisprudenciales aceptando la indemnización del *wrongful life* por cuatro estados. Así, California, Nueva Jersey, Luisiana y Washington. Andalia y Boston (2013).

[36] Gleitman vs. Cosgrove, 49 N.J. 28.

[37] Park v. Chessin, 88 Misc. 2d 222 (1976). Cohen (1978) pp. 211 y ss.

Actualidad Juridica 36.indd 109 01-09-17 11:59

la edad de dos años y medio de edad. La Corte ordenó que el nacimiento y la vida en esas condiciones correspondieron a un daño que debía ser indemnizado.

En la misma línea, podemos agregar la sentencia de 3 de mayo de 1982, por la que la Corte Suprema de California resolvió el contencioso Turpin v. Soritini[38], ordenando la indemnización de un menor. En los hechos el niño, Joy Turpin, interpuso una demanda por *wrongful life*, por concepto de la negligencia del médico en la detección de la sordera hereditaria que podría padecer. El demandante sostuvo que el profesional fue negligente por cuanto *pudo haber diagnosticado dicha enfermedad* en conformidad a la sordera que padecía su hermana, atribuyéndola a una carga hereditaria.

Síntesis. Percibimos la existencia de un dinamismo pretoriano importante en Estados Unidos en lo que concierne el tratamiento de las acciones estudiadas. A propósito de las acciones por *wrongful conception*, los daños indemnizados van principalmente en la línea de la reparación de los costos del embarazo, de la esterilización defectuosa, de los gastos incurridos en el nacimiento; siendo menos las Cortes que ordenan indemnizaciones por concepto de los costos de manutención, educación, esparcimiento o sostenimiento del hijo, en atención a su carácter especulativo. Respecto de acciones por *wrongful birth*, la mitad de los Estados del país americano indemnizan la privación a la que ha sido sometida la madre en cuanto a hacer efectivo su derecho a interrumpir el embarazo, producto de la negligencia del médico en la proporción de la información relativa a la existencia de enfermedades o malformaciones graves presentadas por el feto. En cuanto a esta categoría de perjuicio, igualmente que respecto de las acciones por *wrongful conception*, las cortes indemnizan preferentemente, los costos derivados del embarazo y del nacimiento. Los gastos relativos al sostenimiento del hijo normalmente no son indemnizados, pues se consideran en beneficio del mismo. Finalmente, respecto de las acciones por *wrongful life*, la regla general se sustenta sobre el rechazo a la indemnización formulada por el hijo. El argumento expuesto normalmente por las cortes obedece a que para poder indemnizar cualquier daño, es necesario realizar una comparación entre el daño y la no existencia de daño, aproximación imposible con respecto a la vida del niño.

Habiendo intentado abordar el tratamiento de los daños vinculados al embarazo desde la perspectiva jurisprudencial estadounidense, lo revisaremos a continuación desde el prisma de la jurisprudencia del Reino Unido.

2. Tratamiento del fenómeno a la luz de la jurisprudencia del Reino Unido

Siguiendo la metodología expuesta, nos pronunciaremos sobre el tema mediante un análisis de eventos representativos de la negligencia del médico en

[38] Turpin v. Soritini, 31 CAL.3D 22. Malan (1982), p. 237 y ss.

Actualidad Juridica 36.indd 110 01-09-17 11:59

la intervención quirúrgica destinada a la esterilización de uno de los progenitores (a), así como relativo al error de diagnóstico traducido en la omisión de enfermedades o deficiencias graves del recién nacido (b).

a. En cuanto a la negligencia en la operación destinada
a la esterilización de uno de los progenitores.
Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful conception*

La materia señalada corresponde a un tema que reconoce ilustraciones pretorianas más recientes que las detectadas en EE.UU.[39]. En este sentido, por ejemplo, en el contencioso McFarlane v. Tayside Health Board[40] fueron indemnizados por la Cámara de los Lores en fallo de 25 de noviembre de 1999, los daños patrimoniales relativos al embarazo y al parto propiamente tales, en atención a la negligente vasectomía a la que se había expuesto la pareja de la mujer que resultó en definitiva embarazada[41]. Es del caso hacer presente, que en este contencioso no fueron indemnizados los daños demandados en razón del sostenimiento del niño nacido sano.

Una materia similar a la mencionada fue resuelta el 11 de abril de 2001, por la División Civil de la Corte de Apelaciones, en atención al contencioso Parkinson v St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust[42]. A diferencia de lo resuelto en McFarlane, el hijo no deseado nació con discapacidad. Sin perjuicio de lo anterior, el supuesto es equivalente, por cuanto la madre se sometió a una operación cuyo objeto era esterilizarse, contrariamente a sus intereses, resultó embarazada meses después. Al tiempo, la pareja se separó y la mujer quedó sola a cargo de cinco niños. La mujer demandó por negligencia al establecimiento de salud, y la Corte de Apelaciones resolvió ordenando una indemnización por concepto de la negligencia que derivó en el embarazo, así como respecto de los gastos relacionados con la discapacidad del menor, pero no en atención a los gastos básicos de mantenimiento del niño.

Años después, la Cámara de los Lores, el 16 de octubre de 2003, tuvo ocasión de pronunciarse respecto de un nuevo evento de *wrongful conception*. Correspondió al litigio Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust[43]. El indicado tribunal indemnizó a una mujer que se sometió a una esterilización, resultando embarazada posteriormente. En los hechos, la mujer padecía graves problemas visuales, de aquí que la operación pretendía evitar concebir

[39] Priaulx (2005) pp. 152-163.

[40] McFarlane v Tayside Health Board, 2 AC 59 (2000).

[41] Elste (2007)

[42] Parkinson v St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust, [2001] All ER (D) 125 (Apr).

[43] Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust, [2003] 3 WLR 1091 (HL). Priaulx (2004) pp. 317-331.

Actualidad Juridica 36.indd 111 01-09-17 11:59

hijos con los mismos problemas. Sin perjuicio de lo anterior, engendró un hijo sano, siendo, no obstante, indemnizada en atención a la negligencia cometida en la operación y por los costos derivados del embarazo en sí, pero no respecto de los gastos en el sostenimiento del hijo.

Tal como abordamos este punto al momento de referirnos a sentencias estadounidenses, también la omisión en la comunicación de particularidades graves del hijo portado, ha sido planteada en el Derecho del Reino Unido como categoría de perjuicio.

b. En cuanto a la negligencia del médico relativa a la no comunicación de enfermedades o deficiencias graves del hijo, constatadas a la época del nacimiento.

Como se ha dicho, los problemas pueden ser abordados desde la verificación de dos tipos de perjuicios, aquellos que tienen relación con los daños derivados del hecho del nacimiento (1°); como los daños derivados del hecho de vivir (2°).

1° Respecto de los daños derivados del hecho del nacimiento. Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful birth*

La negligencia materializada en la no comunicación relativa a los problemas presentados por el feto, ha sido objeto de rechazos indemnizatorios en el Reino Unido. Así fue resuelto en Salih v. Enfield Health Authority[44], por la Corte de Apelaciones con fecha 16 de noviembre de 1989. En el indicado fallo, un niño nació con discapacidades, entre otras, visuales, derivadas del contagio con la rubéola, las cuales no fueron diagnosticadas por el médico. Se rechazaron las indemnizaciones, por cuanto la negligencia de los demandados no fue, en los hechos, causante ni de los daños sufridos por el menor, ni de los gastos en la mantención del mismo.

En otro contencioso, detectamos el fallo de la Rance v. Mid-Downs Area Health Authority[45], dictado por la Corte de Apelaciones. En los hechos, nació un menor con un problema denominado espina bífida, cuyo diagnóstico no fue comunicado por el radiólogo a la madre. Se confirmó que la madre hubiera abortado al feto en caso de saber la complicación que presentaba el niño. Sin perjuicio de lo anterior, no se condenó al médico, puesto que a la época en que el especialista accedió al conocimiento de la condición del feto, ya era demasiado tarde para practicar un aborto, rechazándose en consecuencia las indemnizaciones.

Expuesto lo previo, nos referiremos al tratamiento del *wrongful life* según el Derecho británico.

[44] Salih v. Enfield Health Authority [1991] 3 All ER 400 (CA). Jackson (1995), p. 587 y ss.; Stretton (2005).

[45] Rance v. Mid-Downs Area Health Authority, Jackson (1995), p. 587 y ss.

Actualidad Juridica 36.indd 112 01-09-17 11:59

2° Respecto de los daños derivados del hecho de vivir.
Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful life*

En cuanto a los daños derivados de la vida del nacido, la jurisprudencia en el Reino Unido es, asimismo ,contraria a la indemnización. En este sentido, mencionamos el contencioso, McKay v. Essex Area Health Authority[46]. En los hechos, una mujer contagiada con rubéola acude al médico para efectos de informarse respecto de los eventuales riesgos corridos por el feto. En definitiva, se resolvió que, aun cuando el médico no comunicó diligentemente el estado de salud del feto, no existe ninguna obligación en orden a aconsejar practicar aborto a un niño discapacitado (cuestión que motivó la acción indemnizatoria). De contradecirse lo anterior, se incurriría en una violación al valor supremo de la vida humana. A su turno, una eventual indemnización requeriría de una evaluación de los daños, mediante la comparación de la situación de un niño discapacitado con la de un feto no nacido, lo cual es imposible. Rechazándose en definitiva las indemnizaciones.

Síntesis. Hemos podido constatar que a diferencia de la jurisprudencia de Estados Unidos, la actividad pretoriana en el Reino Unido es más reacia a ordenar indemnizaciones por concepto de *wrongful birth* y aún menos por *wrongful life*. Respecto a la primera de las indicadas acciones, el fundamento del rechazo se funda en la falta de causalidad entre la negligencia del médico y el daño. Lo anterior, por cuanto el perjuicio es normalmente proyectado en la condición desmejorada del feto, cuestión en la cual ninguna incidencia representa la negligencia del profesional sanitario. La misma razón se argumenta a propósito de rechazar indemnizaciones relativas a los costos de sostenimiento del menor. En lo que concierne a las acciones por *wrongful life*, el rechazo se ha formulado en los mismos términos que el Derecho americano. Este es, la imposibilidad de hacer una comparación entre la existencia y la no existencia del hijo con el objeto de avaluar el perjuicio. Respecto de acciones por *wrongful conception*, los perjuicios han sido indemnizados, pero solamente en lo referente a las consecuencias directas de la negligencia cometida por el médico, es decir, por los costos derivados del embarazo y del parto, no respecto de los costos de sostenimiento del hijo.

Una vez realizada panorámicamente una revisión al escenario jurisprudencial en Estados Unidos y en el Reino Unido, veremos, a continuación, cómo han sido abordados los daños vinculados al embarazo desde el prisma de países exponentes del sistema de responsabilidad latino continental.

[46] McKay v Essex Area Health Authority [1982] All ER 771 (CA). Giesen (2012), pp. 35-54.

Actualidad Juridica 36.indd 113 01-09-17 11:59

B. Referencias jurisprudenciales en países exponentes del sistema latino continental de responsabilidad

Desarrollaremos este punto a la luz de la jurisprudencia de países como España (1), Francia (2) y Chile (3).

1. Tratamiento del fenómeno a la luz de la jurisprudencia de España

En España se detecta una apertura relativamente reciente a la discusión de los daños vinculados a la imposibilidad negligentemente forzada de evitar o de dar término anticipadamente a un embarazo. Sabemos que la cuestión es analizada desde la perspectiva del *wrongful conception*, del *wrongful birth* y del *wrongful life*, distinción también reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, según veremos a continuación.

Abordaremos el tema refiriéndonos a algunas decisiones de jurisprudencia concerniente a eventos relativos a la negligencia del médico materializada tanto en la intervención quirúrgica destinada a la esterilización de uno de los progenitores o en el defectuoso cumplimiento de la obligación de información por parte del especialista (a); así también desarrollaremos la cuestión, bajo el análisis de las consecuencias del error incurrido por el profesional médico, en cuanto a la omisión de enfermedades o deficiencias graves del recién nacido (b).

a. En cuanto a la negligencia en la operación destinada a la esterilización de uno de los progenitores. Ilustraciones jurisprudenciales relativas al *wrongful conception*

En esta materia, el Tribunal Supremo español ha dictado sentencias condenatorias respecto de aquellos médicos que, en la práctica de una intervención quirúrgica cuyo objeto correspondía a alcanzar la esterilización de un hombre o de una mujer, incumplieron la obligación de informar las eventuales consecuencias que de esta operación podrían derivar. Así, se ha condenado a médicos que, no obstante haber cumplido con la *lex artis* en la operación, no comunicaron a los pacientes que la intervención podría no ser completamente efectiva en términos de impedir absolutamente las posibilidades de fecundación. En este sentido, puede ser afirmado que la recanalización espontánea de espermatozoides no es técnicamente una consecuencia de una mala *praxis* médica, sino una característica de los métodos de esterilización[47].

En la lógica descrita, podemos citar algunas de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo, que han configurado una línea jurisprudencial

[47] Vargas (2006) p. 30.

Actualidad Juridica 36.indd 114 01-09-17 11:59

sólida en España. Entre ellas figura la pronunciada con fecha 25 de abril de 1994, en virtud de la cual se condenó al médico, argumentándose:

> "Que como corolario de todo lo anterior, si bien no puede dudarse de que el cirujano ha cumplido el núcleo de su deber prestacional, sin embargo, no ha acreditado la existencia de información adecuada proporcionada por él al hoy apelante versada sobre la posibilidad de que el resultado de la vasectomía, la esterilización, no fuese definitiva, máxime cuando todos los tratadistas médicos que el demandado cita en su contestación a la demanda y en los documentos aportados con ella advierten y reconocen que una de las complicaciones que puede presentarse, tras la vasectomía, es la de la recanalización espontánea, que si bien es infrecuente, es perfectamente conocida"[48].

En esta misma línea, se ubica la sentencia de 29 de mayo de 2003, por la que se condena al médico, en atención a que:

> "la decisión sobre la concurrencia de información que declara el Tribunal de Instancia no reúne la motivación adecuada, pues no se presenta debidamente apoyada en pruebas que hubieran sido objeto de una ponderada y expresada apreciación y sometidas al necesario proceso de su valoración e interpretación. Es una declaración genérica, pues se debió de dejar constancia con la necesaria especificación y determinación de quien fue –alguien tendría que serlo– el facultativo que llevó a cabo la información que se dice tuvo lugar, incurriendo así en incongruencia omisiva y por ello infracción del artículo procesal 359, al tratarse de una cuestión esencial debidamente planteada en el proceso, que exigía la respuesta judicial suficiente y no la vaga e imprecisa que se emitió. A las actuaciones se incorporaron dos documentos sin fecha en los que la recurrente y su esposo autorizan la práctica de esterilización tubárica, pero para nada se hace constar haber recibido información alguna respecto a tal intervención, como tampoco consta en la documentación clínica y hospitalaria que se aportó al pleito. La información al paciente ha dicho esta Sala ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen"[49].

Asimismo, en una sentencia de 7 de abril de 2004 se califica como infracción a la obligación de información al hecho que

[48] Tribunal Supremo (1994) Sala en lo civil, Sección 1, 25.04.1994, 2851/1994.
[49] Tribunal Supremo (2003) Sala en lo civil, Sección 1, 29.05.2003, 3678/2003.

Actualidad Juridica 36.indd 115 01-09-17 11:59

> "los doctores intervinientes manifestaron al recurrente que después de la operación 'nunca podría volver a ser padre', lo que supone con arreglo a lo antedicho, que no nos encontramos ante una información errónea –tesis de la sentencia recurrida– sino en una absoluta y total falta de información"[50].

Por su parte, la negligencia del médico en lo concerniente a la no comunicación de enfermedades o deficiencias graves del hijo, que impidieron en los hechos el Derecho de abortar de la mujer, también ha sido objeto de sentencias judiciales en España.

b. En cuanto a la negligencia del médico relativa a la no comunicación de enfermedades o deficiencias graves del hijo, verificadas a la época del nacimiento.

En este punto, nos referiremos a la cuestión desde la perspectiva del daño experimentado por la madre, el padre o ambos progenitores (1°); o exclusivamente por el hijo en atención a su discapacidad (2°).

1° Respecto de los daños derivados del hecho del nacimiento. Ilustraciones jurisprudenciales relativas al denominado *wrongful birth*

La primera sentencia de la que se tiene registro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este punto data del 6 de junio de 1997. En los hechos, a una mujer se le diagnosticó un embarazo de alto riesgo en relación con las posibilidades que el feto portara el síndrome de Down. La actora acudió a un establecimiento de salud, para efectos de que se le aplicara una amniocentesis (procedimiento que tiene por objetivo realizarse una extracción del líquido amniótico que rodea al feto en el vientre materno). El examen no pudo ser realizado exitosamente, cuestión que se le comunicó en una época posterior a las posibilidades de la madre de abortar, naciendo el niño aquejado con la enfermedad referida. El tribunal indemnizó los daños sufridos por la madre, una vez demostrada tanto la negligencia como la intención de haber abortado al menor, si hubiera sido oportunamente informada de la condición que presentaría su hijo. Respecto del daño indemnizable la sentencia apunta:

> "surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el síndrome de Down; lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales. Puesto que si la misma hubiera sabido con el suficiente tiempo, el fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto dentro del límite de tiempo legal, hubiera actuado

[50] Tribunal Supremo (2004). Sala en lo civil, Sección 1, 07.04.2004, 2401/2004.

Actualidad Juridica 36.indd 116 01-09-17 11:59

> en consecuencia y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo, y si ello no fue así se debió a la actuación negligente de la Dra. R.P.T., que no le comunicó a su tiempo el fracaso de las pruebas"[51].

Es del caso mencionar que nos parece cuestionable la calificación del daño que realiza el Tribunal Supremo. Se lee, en el extracto, que el perjuicio deriva del hecho de haber dado a luz a un "ser que padece Síndrome de Down". Nos parece que lo indicado es excesivo, por cuanto el nacimiento de una persona discapacitada no puede, en sí mismo, corresponder a un daño resarcible. Lamentablemente, el Tribunal Supremo no parece entenderlo así; ello es corroborado al afirmar que respecto de la magnitud del daño de la madre

> "hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el del impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo y que pueden llegar a alcanzar edades medianas"[52].

En otro litigio, el Tribunal Supremo rechaza la indemnización reclamada derivada de las malformaciones congénitas que no se les habían comunicado a los padres de la menor. Nos referimos a la sentencia de 4 de febrero de 1999, en cuyo mérito fue probada la conducta diligente del especialista, por cuanto dio cumplimiento a todos los protocolos médicos de rigor, en relación con el embarazo calificado de bajo riesgo. El indicado tribunal es claro en afirmar que

> "la doctrina dominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño '*per se*', y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento"[53].

En esta misma línea, años después el Tribunal Supremo con fecha 19 de junio de 2007 se pronunció respecto de otro litigio relativo a la indemnización de los daños derivados de la imposibilidad de haber optado por el aborto de una niña que padeció síndrome de Down. En los hechos, la demandante reclamó que el médico incumplió su deber de información, en atención a que no le comunicó las consecuencias derivadas de los tratamientos médicos a la cual se estaba sometiendo, entre ellos: ingesta de medicamentos por depresión aguda y aplicación de radiografías. El Tribunal Supremo desestimó las pretensiones de la demandante, por cuanto, en atención a los antecedentes, el embarazo no era de alto riesgo, de manera que la omisión en la infor-

[51] Tribunal Supremo (1997). Sala en lo Civil, Sección 1, 06.06.1997, 3999/1997.
[52] *Op. cit.*, Fundamentos de Derecho, Tercero. Verda y Chaparro (2014), p. 281.
[53] Tribunal Supremo (1999). Sala en lo Civil, Sección 1, 04.02.1999, 679/1999.

Actualidad Juridica 36.indd 117 01-09-17 11:59

mación no configuraba una negligencia determinante en el estado de salud del hijo. En efecto el Tribunal ordenó:

> "Sin embargo, el deber de información sobre la posibilidad de práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto esté afectado por el síndrome de Down, con el fin de permitir a la gestante hacer efectivo su derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las veintidós semanas de embarazo, únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* [reglas del oficio] la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias",

y más abajo:

> "Sólo cuando concurren hechos de naturaleza similar a los expresados, valorados siempre de acuerdo con el asesoramiento pericial que permite disponer de las orientaciones derivadas de la *lex artis* aplicable según las circunstancias, ajustada a los avances existentes en el momento temporal en que se producen los hechos, puede considerarse que la falta de información constituye un hecho negligente que, en caso de confirmarse el nacimiento con la expresada anomalía, causa daño a la madre por privarla de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, en circunstancias que afectarán profundamente a la suya en todos los sentidos, con independencia de la prueba acerca de que la madre alegue su intención de abortar"[54].

Con todo, el Tribunal Supremo, por sentencia del 31 de mayo de 2011, extiende el campo de aplicación de la acción también a otros supuestos. En este sentido, una acción por *wrongful birth* tiene relación:

> "no solo en aquellos casos en que la mujer se somete voluntariamente a unas pruebas encaminadas al diagnóstico de una eventual patología prenatal, por la especial situación de riesgo de la gestante, como es la amniocentesis (...)"[55].

Así, no necesariamente tiene relación con la lectura defectuosa de exámenes dirigidos a detectar condiciones del feto, del estilo del síndrome de Down. En efecto, igualmente puede tener lugar respecto de

> "aquellos otros que se desarrollan a partir de un control ginecológico normalizado y continuado mediante el cual es posible conocer si el feto pa-

[54] Tribunal Supremo (2007). Sala en lo Civil, Sección 1, 19.06.2007, 4827/2007.

[55] Tribunal Supremo (2011). Sala en lo Civil, Sección 1, 31.05.2011, 3556/2011, considerando cuarto.

Actualidad Juridica 36.indd 118 01-09-17 11:59

dece enfermedades que pueden condicionar desfavorablemente su calidad de vida futura"[56].

Desprendemos de lo anterior, entonces, la defensa de una órbita amplia de supuestos habilitantes a la acción en comento. De hecho, el caso en referencia obedece a los errores en el diagnóstico de la falta del brazo derecho del niño.

La amplitud antes apuntada es también apreciada respecto de la relajación en lo referente a la prueba en la intención de cometer aborto. Sobre este punto, el alto tribunal sostiene:

> "La alegación y prueba de que la mujer hubiese interrumpido su embarazo de haber conocido un defecto congénito del feto, no solo afecta a la libertad, autonomía o intimidad de la gestante, sino que pone en evidencia la dificultad de establecer una relación entre la falta de información por el médico y el que la gestante opte por poner fin al embarazo mediante el aborto en lo que esta sala ha calificado de 'debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria' (...), porque carece de una respuesta cierta y ofrece un curso causal inseguro o simplemente especulativo (...)"[57].

Con base en lo anterior, el tribunal considera que no resulta indispensable que la mujer hubiera pretendido abortar de haber conocido la condición de su hijo, por cuanto, si bien podría efectivamente haber interrumpido el embarazo, también hubiera podido

> "decidir continuar con el mismo disponiendo, a partir de la información que se les proporciona, de tiempo suficiente para adaptarse a la idea y tomar las previsiones necesarias para el cuidado y la atención del recién nacido"[58].

Así las cosas, el daño en una acción por *wrongful birth* adquiere una corporeidad que no detectamos en otras latitudes y que bien puede ser aplicada en la nuestra (tal como veremos más adelante). Lo indicado, por cuanto el ejercicio del recurso

> "es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable –daño moral–, y de la necesidad de

[56] Tribunal Supremo (2011). Sala en lo Civil, Sección 1, 31.05.2011, 3556/2011, considerando cuarto.

[57] *Ibid*.

[58] *Ibid*.

Actualidad Juridica 36.indd 119 01-09-17 11:59

> hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales –daños patrimoniales– teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad"[59].

Siguiendo el mismo sentido de la sentencia antes expuesta, se resolvió un asunto mediante decisión de 14 de marzo de 2013[60]. En este se formuló una demanda indemnizatoria derivada de las malformaciones sufridas por el recién nacido, que a juicio del tribunal no fueron percibidas negligentemente por el médico.

A continuación, lo referente al tratamiento del *wrongful life*, en el Derecho español.

2°. Respecto de los daños derivados del hecho de vivir. Ilustraciones jurisprudenciales relativas al denominado *wrongful life*

Escasa es la jurisprudencia que se detecta en España respecto de la posibilidad que asiste a los hijos de poder reclamar indemnizaciones derivadas del hecho de su propia vida o de su "vida injusta". Abordando este punto, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos oportunidades. Una primera sentencia fue dictada el 18.12.2003[61]. En los hechos, en junio de 1993 una mujer da a luz a un niño que presentó graves malformaciones congénitas que no fueron identificadas durante el embarazo. La negligencia del ginecólogo resultaba evidente, por cuanto habían sido practicadas cuatro ecografías. Es del caso hacer presente que la última ecografía fue practicada un día antes del parto, en cuyo informe no se hizo mención a las extremidades. Al día siguiente, se percataron de que el niño no presentaba la extremidad inferior izquierda, tampoco uno de sus riñones. Los padres, en nombre propio *y* en representación de su hijo, interpusieron una demanda de responsabilidad civil contra el ginecólogo, los tres especialistas ecógrafos, y contra el Hospital Universitario Materno Infantil Valle de Hebrón, el Institut Català de la Salut y la Compañía de Seguros Winterthur, obteniendo, en definitiva, una indemnización por parte del Tribunal Supremo, equivalente a 360.000 EUR.

Más tarde, el indicado tribunal, con fecha 18.05.2006, se pronunció respecto de otro litigio. En los hechos, una mujer resulta embarazada y acude al médico. En las primeras visitas, se somete a la prueba de amniocentesis para poder determinar con alto grado de fiabilidad la normalidad física y psíquica

[59] Tribunal Supremo (2011). Sala en lo Civil, Sección 1, 31.05.2011, 3556/2011, considerando cuarto.

[60] Tribunal Supremo (2013). Sala en lo Civil, Sección 1, 14.03.2013, 1136/2013, considerando sexto.

[61] Tribunal Supremo (2003). Sala en lo Civil, Sección 1, 18.12.2003, 8215/2003.

Actualidad Juridica 36.indd 120 01-09-17 11:59

del feto, por cuanto había registros en la familia de personas con síndrome de Down. La amniocentesis practicada dio un resultado negativo, lo que exigía la obtención de una nueva muestra de la gestante y la repetición del análisis. Lo cierto es que el resultado no fue comunicado oportunamente y que tampoco se acreditó que la gestante renunciara a repetir la prueba. La sentencia exigió:

> "La información debió ser completa, continuada y veraz por cualquier medio fehaciente que no dejara lugar a duda sobre la entrega y recepción de la misma, siendo obligación del facultativo que vigila el embarazo y solicita la prueba analítica controlar la información facilitada a la embarazada, la fecha y características de la misma sobre posibilidades y plazos de tiempo útil para repetirla, así como los riesgos clínicos derivados en caso de hacerla o no hacerla"[62].

La acción fue presentada por los padres en atención a su propio daño, así como en representación de su hijo Adolfo, resolviéndose respecto de este último:

> "es evidente que la indemnización concedida a don Adolfo no es más que la concreción particularizada del perjuicio causado con motivo del incumplimiento que la sentencia atribuye a los demandados-recurrentes y de la forma de satisfacerlo a través de una renta vitalicia, en garantía del principio de reparación íntegra del daño, como finalidad básica de la institución de la responsabilidad civil"[63].

Es del caso hacer presente que no podemos indicar que España sea francamente un país que indemniza el *wrongful life*. De aquí que la A. Macía M., indique que la

> "estimación del resarcimiento al niño en las sentencias mencionadas no parece ser fruto de una reflexión profunda o de un razonamiento jurídico reposado y consciente de la trascendencia que ello supone"[64].

En el mismo sentido, consideramos accidental que el Tribunal Supremo conozca acciones derivadas del *wrongful life* de determinadas personas, por cuanto, tal como lo defiende la profesora A. Vicandi M.:

> "el juzgador no se pronuncia sobre esta noción, lo que evidencia, como hemos señalado al principio, que se trata más de una indiscreción, que de una intención"[65].

---

[62] Tribunal Supremo (2006). Sala en lo Civil, Sección 1, 18.05.2006, 3350/2006, Considerando tercero.

[63] *Op. cit.*, considerando octavo.

[64] Macía (2009), p. 183.

[65] Vicandi (2013), p. 44, pie de página Nº 11.

Actualidad Juridica 36.indd 121 01-09-17 11:59

Síntesis. La jurisprudencia española ha retenido indemnizaciones por las tres vías antes señaladas. Así, respecto de acciones por *wrongful conception*, el Tribunal Supremo no ha dudado en sancionar al médico que no ha informado las eventuales consecuencias de las operaciones tendientes a la esterilización de los interesados, incluso si la operación ha seguido las reglas del arte. Por otro lado, la acción por *wrongful birth* también ha sido objeto de decisiones favorables a los demandantes. El criterio en este tipo de acciones ha sido largo. De aquí que la culpa del médico permita sustentar tanto el impedimento de ejercer el derecho a la interrupción del embarazo, pero no exclusivamente. Lo anterior, puesto que la misma culpa, habilita a fundar la acción basado en la imposibilidad de preparación psicológica y material oportuna de quienes han concebido un hijo que padece de una condición que no necesariamente hubiera significado motivo suficiente para impedir que la gestación se desarrollara normalmente. Con todo, se han cometido desnaturalizaciones en la argumentación de la acción, puesto que incluso la condición de padecer Síndrome de Down ha sido considerada como un daño, *cuestión que lamentamos.* En cuanto a las acciones por *wrongful life* en España, no se aprecia una tendencia sólida en su reconocimiento de parte de los tribunales.

Nos referiremos, a continuación, al tratamiento del fenómeno indicado desde la perspectiva de la jurisprudencia del derecho francés.

2. Tratamiento del fenómeno a la luz de la jurisprudencia de Francia

En el Derecho francés, las discusiones sobre este punto se han planteado desde la perspectiva del perjuicio derivado de la "vida injusta" en atención a los sufrimientos que genera la discapacidad en sí misma a quien padece de ella, es decir: al hijo. En esta línea, los errores de diagnóstico en el ámbito prenatal, han influido tanto en decisiones jurisprudenciales como legales en el indicado país.

Conocida es la sentencia Perruche, que se pronunció respecto del derecho que se le había privado a una mujer de poder abortar, a causa del error en el diagnóstico respecto de las consecuencias sufridas por el feto en atención a los síntomas de rubéola padecida por la madre. En rigor, la culpa fue cometida tanto por el médico tratante como por el laboratorio al cual se le encomendó la práctica de determinados análisis. En los hechos, en el año 1982, la señora Perruche, embarazada, acudió al médico con ocasión del contagio con rubéola de su hija mayor. Su objetivo correspondía a que se le comunicara si se encontraba o no contagiada con la indicada enfermedad. Por su parte, manifestó expresamente que, de estar contagiada, abortaría al niño. Tanto el laboratorio como el médico equivocaron sus exámenes; el primero, respecto de los análisis; el segundo, respecto de revisión clínica de la mujer.

Actualidad Juridica 36.indd 122 01-09-17 11:59

Los padres entablaron dos acciones: una en nombre propio (*wrongful birth*), y otra en representación del niño (*wrongful life*). Ambas dieron lugar al pronunciamiento de la Corte de Casación el 17 de noviembre de 2000[66]. En este se reconoció el derecho de los padres de ser indemnizados respecto de la negligencia del médico, que, en definitiva, había privado a la madre de abortar; asimismo, se reconoció el derecho a la indemnización de los daños sufridos por el niño a consecuencia de su discapacidad, rechazando el criterio expuesto por la Corte de Apelaciones respectiva. La Corte de Casación dispuso:

> "habiendo sido demostrado que los padres habían manifestado su voluntad, que en caso de rubéola, se interrumpiría el embarazo, y que la culpa cometida los habían falsamente inducido en la creencia que la madre estaba inmunizada, de suerte que las culpas fueron generadoras del daño sufrido por el hijo por vía de la rubeola de su madre (...)".

Es del caso mencionar que la expuesta resolución de la Corte de Casación, fue confirmada más tarde por varias sentencias pronunciadas por la misma entidad en los meses de julio y de noviembre de 2001[67], provocándose interesantes debates doctrinarios entre quienes estaban a favor o en contra del razonamiento expuesto[68]. De aquí que la cuestión fuera, en definitiva, regulada por la ley Kouchner, no sin estar exenta de críticas[69].

Así, la normativa en su artículo 1, I, establece: I.-

> "Nadie puede prevalerse de un perjuicio derivado del solo hecho de su nacimiento. La persona nacida con una invalidez a causa de una culpa médica puede obtener reparación de su perjuicio cuando el acto culpable ha provocado directamente la invalidez o la ha agravado, o cuando no ha permitido tomar las medidas susceptibles de atenuarla. Cuando la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento de salud es comprometida en favor de los padres de un hijo nacido con una invalidez no detectada durante el embarazo a consecuencia de un acto culposo, los padres pueden demandar una indemnización a título de su solo perjuicio. Este perjuicio no incluye las cargas particulares en que se incurrirán durante toda la vida del hijo, en relación a su invalidez. La reparación de estos gastos es de carga de la responsabilidad nacional".

Síntesis. Si bien en Francia es posible entablar acciones por *wrongful birth*, la puerta conducente a entablar acciones por *wrongful life* ha sido legalmente cerrada.

---

[66] Corte de Casación (2000). Asamblea Plenaria, 17.11.2000, JCP G 2000, II, 10438.

[67] Duguet (2002), pp. 143-146.

[68] Aynes (2001), p. 492; Labrusse-Riou y Mathieu (2000), p. III; Seriaux (2002), p. 1196; Terre (2000), p. 2267 y Viney (2001), p. 286.

[69] Jourdain (2002a), p. 891; Jourdain (2002b), p. 21 y ss.; Lambert-Faivre (2002), p. 1217 y ss.

Actualidad Juridica 36.indd 123 01-09-17 11:59

Continuamos nuestro análisis desde la perspectiva de la jurisprudencia chilena sobre el tema.

3. Tratamiento del fenómeno a la luz de la jurisprudencia de Chile

En Chile, el análisis de la cuestión es reducido, por cuanto el aborto, en cuanto práctica, se encuentra prohibido. De aquí, que no puedan ser abordadas las figuras de *wrongful birth* ni de *wrongful life*, al menos en los términos expuestos. Sin perjuicio de lo anterior, el problema bien puede ser analizado desde la perspectiva del *wrongful conception*, por cuanto bajo este ámbito, el problema actúa con independencia del aborto y se reduce, en principio, a una cuestión de negligencia médica.

Una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, con fecha 2 de mayo 2012[70], se refiere a la cuestión. En los hechos, la demandante se sometió a una intervención quirúrgica cuyo objetivo se refería a su esterilización. El resultado esperado por la mujer no se alcanzó, resultando embarazada meses más tarde. La discusión que materializó el litigio se centró en la negligencia del médico, por una parte; mientras que, por otra, en las posibilidades reales que una operación de esta naturaleza pueda no cumplir con las expectativas esperadas, es decir, con la esterilización[71].

En atención a lo expuesto, la Corte consideró que el acuerdo de voluntades por el que el médico se obliga a practicar una ligadura de trompas, obedece a una obligación de resultado, asumida por este. En tal sentido, se lee de la sentencia:

> "el acuerdo de voluntades celebrado entre las partes, sobre una operación de esterilización laparoscópica a la demandante de autos, programada para el día 2 de octubre de 2008, deviene en una obligación de resultado, que obliga al profesional de la medicina de actuar con seguridad, cuidado y destreza, complementado además, con el deber de proporcionar el beneficio pretendido por la parte que contrata"[72].

Además de lo ya indicado, la sentencia funda la condena del especialista en la no intervención de la trompa de Falopio izquierda; omisión respecto de la cual:

> "la parte demandada no acreditó la ocurrencia de los hechos que justificarían la falta de intervención (el médico justificó su falta de intervención de la trompa izquierda por los problemas surgidos en la misma, al efecto,

[70] Corte de Apelaciones de Antofagasta (2012). Rol N° 373-11.
[71] Moncada (2014), pp. 351-360.
[72] Corte de Apelaciones de Antofagasta (2012). Rol N° 373-11, considerando séptimo.

Actualidad Juridica 36.indd 124 01-09-17 11:59

> la imposibilidad de identificar la trompa izquierda, debido a la presencia de una gran cantidad de adherencias, que intentó liberarlas, pero no fue suficiente y en definitiva, no pudo identificar la trompa izquierda)"[73].

El tribunal consideró que el médico debería haber comunicado inmediatamente el fracaso de la intervención a la paciente, puesto que:

> "Resulta evidente que de ser efectivo lo señalado por el demandado se hubiera preocupado de informar en forma inmediata, clara y precisa a la demandada que la intervención no había podido producir el efecto esperado y que, además, ello se debía a una afección de la trompa izquierda que requería tratamiento, sin perjuicio de consignarlo en los documentos que entregó a la demandante, pues se trata de una cuestión de tal trascendencia que nada explica que lo haya omitido"[74].

Síntesis: Tal como se expuso, en Chile el escenario legal prohibitivo del aborto impediría que puedan verificarse pronunciamientos judiciales tendientes a un eventual reconocimiento de acciones por *wrongful birth*, como también por *wrongful life*. No así por *wrongful conception*, por cuanto el asunto se limita al tratamiento de una obligación de resultado a la cual se sujeta el médico. El asunto puede también analizarse desde la perspectiva de la observancia de la *lex artis*. Sin perjuicio de lo anterior, este tipo de ejercicios indemnizatorios, impactan criterios humanistas del Derecho, tal como expondremos más adelante. Por otra parte, en nuestro entender nada impide que la acción por *wrongful birth* pudiera ser intentada desde la perspectiva de una órbita amplia, no moralmente cuestionable, en razón del desarrollo de la figura a la luz de parte de la jurisprudencia española, antes indicada. Volveremos sobre este punto.

Pues bien, habiendo realizado un ejercicio de demostración jurisprudencial del mérito indemnizatorio de las denominadas *wrongful actions*, corresponde analizar a la continuación, ahora desde una perspectiva crítica, la pertinencia jurídica de la indemnización de las especies dañosas vinculadas al *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*.

Segunda parte
Pertinencia jurídica del mérito indemnizatorio de daños vinculados a la vida humana

En conformidad con lo indicado, nos parece oportuno comentar, en las líneas que siguen, si el hecho de la concepción de una persona o si la vida humana, ya sea desde la perspectiva de los padres, como desde la de los mismos hijos,

[73] Corte de Apelaciones de Antofagasta (2012). Rol N° 373-11, considerando undécimo.
[74] *Ibid*.

Actualidad Juridica 36.indd 125 01-09-17 11:59

revisten los caracteres necesarios para que puedan ser consideradas como daños indemnizables. En nuestro concepto, las nociones antes revisadas pueden ser cuestionadas. Expondremos, entonces, en un primer tiempo, comentarios pertinencia indemnizatoria de la acción por *wrongful conception* (A), luego nos referiremos a la arbitrariedad de la exigencia prueba de la "intención de haber abortado" como presupuesto de la acción por *wrongful birth* (B); finalmente, nos pronunciaremos sobre el contrasentido indemnizatorio derivado del resarcimiento del *wrongful life* (C).

A. El wrongful conception, *un cuestionamiento a su dimensión resarcitoria*

En principio, podría ser afirmado que el mérito indemnizatorio de la concepción injusta es claro y categórico. El médico ha cometido una culpa que, a su vez, constituye la razón del perjuicio invocado por la víctima. Los progenitores engendraron, sin que su intención haya sido precisamente esta. Desde nuestra perspectiva, concepciones como la reseñada se contraponen a criterios humanistas del Derecho, que consideran al embarazo derechamente como un daño. Estimamos que nunca un nuevo ser puede ser objeto de una categorización dañosa. De aquí que estimemos que la noción de "concepción injusta" constituya un sinsentido. Nunca la concepción, cualquiera que sea su origen, puede ser estimada como injusta. Por otra parte, bien podría argumentarse que el interés en recurrir a la esterilización tenía por finalidad evitar alteraciones psicológicas de una persona inestable, a la cual se le recomienda no procrear. Con todo, lo cierto que, en estos casos, la razón de recurrir al tribunal es precisamente con el propósito de estimar al hijo como un daño, motivación a la cual nos oponemos. No todo agravio, subjetivo, desde luego, puede ser objeto de indemnización. Lo anterior, pues no todo agravio es calificable de perjuicio. Un ejemplo de lo indicado es representado precisamente por las acciones relativas a la "concepción injusta". Dichas acciones caracterizadas encierran un supuesto agravio que el Derecho ampara bajo criterios que van contra las bases humanistas de nuestro sistema. Por último, consideramos que el invocar una acción en estos términos es doloroso para el mismo hijo, que tarde o temprano descubrirá al leer la demanda respectiva, que sus padres, si bien estaban contentos con su llegada, hubieran preferido no recibirlo[75].

B. El wrongful birth, *un cuestionamiento a su dimensión resarcitoria*

Como en toda acción en responsabilidad civil, para que un juez pueda ordenar lícitamente una indemnización, es necesario que exista un hecho generador

[75] Corral (2012).

Actualidad Juridica 36.indd 126 01-09-17 11:59

de responsabilidad –el cual se manifiesta, a la luz de la jurisprudencia ya expuesta, en la omisión negligente de una información o en un diagnóstico errado, que impidió que la madre ejerciera el derecho de abortar a un niño que padecía enfermedades o deficiencias ignoradas– un daño y un vínculo de causalidad entre los anteriores elementos. Abordaremos, a continuación, el problema de la determinación del perjuicio en acciones de *wrongful birth* (1), para luego referirnos a las dificultades que presenta el vínculo de causalidad en demandas similares (2).

1. Problemas en la identificación jurídica del daño indemnizable en acciones de *wrongful birth*

Resolver problemas como los enunciados no es tarea fácil

> "sobre todo cuando se alude por parte de diversos autores a los beneficios que conlleva la paternidad y la alegría derivada del nuevo ser, que compensan cualquier posible perjuicio derivado del hecho del nacimiento"[76],

argumento al cual, por cierto, adherimos. En línea con lo recientemente expuesto, podemos afirmar, como punto de partida en nuestra argumentación, que el hecho mismo del nacimiento de una persona que sufre de malformaciones o de una deficiencia particular nunca puede ser considerado, para sus padres un daño en sí mismo[77]. De aquí que nos parezcan cuestionables las sentencias del Tribunal Supremo español, en las que parece ser seguida esta idea. Creemos que la dignidad que toda persona merece impide dicha consideración; nunca un padre podría reclamar indemnización alguna porque su hijo, por ejemplo, nació con síndrome de Down[78].

Con la salvedad indicada, es del caso reconocer que el nacimiento de un hijo enfermo bien puede significar costos que no fueron considerados oportunamente por los padres, en atención a una negligente conducta profesional del médico especialista. De aquí que estemos de acuerdo con la opinión que indica que el daño en las acciones indemnizatorias por *wrongful birth* deba ser abordada desde una perspectiva bastante más amplia que aquella que se refiere exclusivamente a la impracticabilidad del derecho de abortar que fue privado a la madre, por cuanto, aun cuando los progenitores no hubieran querido abortar al menor, se hubieran podido preparar psicológica y materialmente para recibir a un niño diferente a la normalidad de las personas.

En otras palabras, lo que queremos decir es que para demandar una indemnización por vía de *wrongful birth*, no necesariamente hay que ser un

[76] Macía (2009), p. 186.

[77] De Ángel Yagüez (1989).

[78] Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (1997), ya citada. De Ángel Yagüez (1989), pp. 47-87.

Actualidad Juridica 36.indd 127 01-09-17 11:59

defensor del aborto (de hecho puede ser francamente opositor a él) ni manifestar haber preferido abortar al menor en caso de haber conocido oportunamente las deficiencias que padecía (sobre este punto nos pronunciaremos al analizar la causalidad). Con ello, abrimos la posibilidad para que en países en los que no está legalmente autorizado el aborto pueda ser discutido jurisprudencialmente la indemnización de daños derivados del *wrongful birth*, pero bajo una visión no discriminatoria ni arbitraria lo cual supone el requisito de manifestar y probar el haber pretendido abortar.

En este sentido, es defendido por autores chilenos que

> "el daño, en el caso de los padres, no debe fundarse en la posibilidad de haber abortado, sino simplemente en las lesiones, especialmente psíquicas, que la falta de diagnóstico o tratamiento hubiera permitido que el nacimiento de un menor con alguna deficiencia, se enfrentara con un sostén emocional. Todo niño es una bendición, pero los padres necesitan un proceso para adaptar la nueva realidad, sobre todo cuando ésta es ignorada. Aun cuando los padres tengan perfecta conciencia de la existencia de la llegada de un hijo con deficiencia, pueden generarse (y lo normal es que se generen) respuestas neuróticas frente a la situación, derivados de la culpa"[79].

Adherimos a lo postulado por los señalados autores y lo concordamos respecto de lo resuelto por el Tribunal Supremo en las sentencias citadas más atrás en este trabajo.

Indemnizaciones por daños morales como por daños patrimoniales pueden ser reclamadas con ocasión de una demanda por *wrongful birth*, en clave de la lectura propuesta. En cuanto a los *daños morales*, podemos entender que estos derivan de:

> "la sorpresa que supone conocer el estado enfermo del hijo que creían sano o, en otras palabras, por no haber podido prepararse psicológicamente, o económicamente –o ambas cosas a un tiempo– frente al nacimiento del niño discapacitado"[80].

Por otra parte, los daños experimentados por los padres también pueden ser materializados en *aspectos patrimoniales*. De aquí que se indemnicen los costos que han significado a los padres el nacimiento de un niño discapacitado, más aun cuando dicha discapacidad es sorpresiva para ellos.

Así las cosas, bien pueden, en nuestro entender, ser indemnizados los daños derivados de la negligencia del ginecólogo que, no obstante haber atendido regularmente a la madre, ha cometido culpa en el análisis de las ecogra-

[79] Moncada, Aedo y Coleman (2015), p. 40. En este sentido, De Ángel Yagüez (1996), pp. 110-111, nota 17.

[80] Romero (2010), p. 2567.

Actualidad Juridica 36.indd 128 01-09-17 11:59

fías, no detectando los problemas con los que venía el niño. Así, si el menor presentaba una malformación que impactó a los progenitores, o un problema que exigió, en la sala de parto, la utilización de material técnico costoso, por ejemplo, estas situaciones pueden legítimamente motivar una acción indemnizatoria contra el médico. Lo anterior, por cuanto, pudiendo haber sido previsto el impacto o el costo, no se precavió a causa de la negligencia del especialista.

Es del caso agregar que, en este punto, consideramos que no deberían ser contemplados dentro del daño a resarcir costos relativos a los gastos ordinarios de mantención de un niño, sino que solamente los extraordinarios[81]. En este sentido, agregan los autores antes citados:

> "No podrían los padres pretender, a nuestro juicio, la indemnización de desembolsos que en cualquier caso deben efectuarse por el nacimiento y crianza de un hijo, desde que, como hemos advertido, la reparación del daño en esta sede no se sitúa en la pérdida de la chance de abortar, sino en los perjuicios o menoscabos extraordinarios que implica hacerse cargo, ahora desde la perspectiva de los intereses patrimoniales, de la vida de un hijo con dificultades motoras, cognitivas, etc."[82],

debiendo ser, asimismo, considerada la integridad de gastos derivados del nacimiento.

Por otro lado, dentro de los *daños patrimoniales indemnizables* se hace referencia, por la doctrina española, que deben ser considerados, en la indemnización, *aquellos daños derivados de la imprevisión* de haber dado a luz a un niño de condición desmejorada. Haciéndose referencia a que no suprime la imprevisión en las deficiencias el hecho de haberse comunicado a los padres las deficiencias, días u horas antes al parto[83]. Por su parte, es del caso hacer presente, eso sí, que el hecho de haber comunicado días antes las anomalías del feto a los padres, si bien no suprime la posibilidad de demandar la indem nización de daños derivados de la imprevisión o de la sorpresa de los mismos, sí impediría la demanda resarcitoria de daños morales fundada en el impacto psicológico de dar a luz a un niño afectado por deformaciones o deficiencias[84].

Una figura que para algunos permitiría sustentar la indemnización reclamada por vía de *wrongful birth* corresponde a la *teoría del daño por rebote o por repercusión*. En virtud de esta doctrina, los padres pueden reclamar la reparación de daños morales derivados del sufrimiento de su hijo en atención a su condición de enfermedad o de discapacidad. De esta manera, los padres resultan víctimas indirectas del daño moral experimentado por el mismo hijo; mientras que serían víctimas directas del perjuicio patrimonial experimen-

[81] Dobbs (2000), pp. 794-796.
[82] Moncada, Aedo y Coleman (2015), p. 41.
[83] Vicandi (2013), p. 52.
[84] Martín y Solé (2002), pp. 1115-1116, nota 30.

Actualidad Juridica 36.indd 129 01-09-17 11:59

tado con ocasión de los gastos extraordinarios de mantención de su hijo. Es del caso hacer presente que bajo este razonamiento fueron indemnizados los padres en la sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de junio de 1997, citada más atrás[85]. Por nuestra parte, nos manifestamos contrarios a que los padres pudieran ser afectados por rebote o repercusión de los daños sufridos por el hijo. El hijo no sufre ningún daño que derive de la negligencia del especialista. En nada hubiera disminuido su condición, la oportuna comunicación de esta a sus padres. El daño, por tanto, en nada se distingue de los sufrimientos de la vida misma, a los cuales nos exponemos día a día y que a menudo sus razones obedecen a un verdadero misterio.

Otro de los aspectos que conviene a aclarar en esta materia corresponde al vínculo de causalidad que une al daño y a la negligencia del médico.

2. Problemas en la identificación jurídica del vínculo de causalidad en acciones de *wrongful birth*

Un problema no menor es el relativo a la determinación del vínculo de causalidad en este tipo de acciones. Lo indicado, pues el argumento para demandar, según la jurisprudencia consultada más atrás, obedece a que la negligencia cometida por el médico, impidió a la mujer de hacer uso de su derecho de abortar. El problema se traduce, básicamente, en que la decisión de interrumpir el embarazo obedece a una manifestación de voluntad no materializada, de manera tal que lo normal es que no haya salido del fuero interno de la madre.

Este problema es conocido como "curso causal no verificable", debiendo recurrirse a la prueba del curso normal de los acontecimientos, en definitiva, recurriendo al principio clásico en Derecho Probatorio: el de la normalidad. De esta manera, lo que debe ser probado corresponderá a la conducta que habría adoptado la madre, con posterioridad a la información proporcionada de manera diligente por el médico; no restringiéndose exclusivamente a la prueba de haberse sometido al examen con la intención de pretender saber cómo estaba el feto[86].

Dándose cuenta de la dificultad en la prueba del nexo de causalidad entre hecho generador y daño, podemos hacer referencia a una sentencia de 4 de febrero de 1999, por la que el Tribunal Supremo español negó la indemnización de daños derivados del nacimiento de un hijo[87]. El tribunal indicado expuso: "(...) es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo"[88], y más adelante,

[85] Criticando la indemnización de los daños bajo la técnica del ricochet, Romero (2010), p. 2568 y ss.; Moncada, Aedo y Coleman (2015), p. 41 y ss.

[86] Vicandi (2013), p. 55.

[87] Tribunal Supremo (1999). Sala en lo Civil, sección 1, 04.02.1999, 679/1999.

[88] *Op. cit.*, parte resolutiva.

Actualidad Juridica 36.indd 130 01-09-17 11:59

> "(...) no se ha demostrado la relación de causa a efecto entre la actuación médica y el hecho del nacimiento de una niña tan tristemente afectada por malformaciones y deformidades"[89].

En el mismo sentido, se lee, en la sentencia de 7 de febrero de 2002, dictada por el mismo tribunal, en la que se negó la indemnización por falta de causalidad:

> "El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas"[90].

En nuestro entender, consideramos arbitrario e invasivo exigir rendir prueba de la intención de haber abortado. ¿Por qué solo aquellas madres que consideraran el aborto como una solución al problema pudieran exclusivamente invocar una acción indemnizatoria?, ¿Por qué excluir de la indemnización a aquellas madres a las que jamás se les pasó por el espíritu la intención de abortar?, ¿Por qué exigir que aquella madre que reñidamente con su conciencia consideró interrumpir su embarazo, lo exteriorice? Las interrogantes expuestas las consideramos prueba de la injusticia de exigir el aborto como presupuesto de esta acción, así como una evidencia que el mecanismo indicado en nada contribuye con el bien común ni con el acceso a una indemnización justa y legítima.

Revisaremos a continuación los aspectos estudiados ahora desde la perspectiva del *wrongful life*.

C. Factores necesarios en la indemnización del hecho del nacimiento o del *wrongful life*

Como ha sido indicado, al momento de exponer referencias jurisprudenciales, la indemnización de los daños derivados del hecho mismo de la vida de una persona, no ha estado exenta de cuestionamientos. De aquí que la jurisprudencia, en su generalidad, no sea favorable a indemnizaciones de esta naturaleza. Siguiendo la estructura utilizada más atrás, respecto de acciones de *wrongful birth*, abordaremos, a continuación, el problema de la determinación del perjuicio en acciones de *wrongful life* (1), para luego referirnos a las dificultades que presenta el vínculo de causalidad en este tipo de demandas (2).

[89] Tribunal Supremo (1999) Sala en lo Civil, sección 1, 04.02.1999, 679/1999, parte resolutiva.

[90] Tribunal Supremo (2002) Sala en lo Civil, sección 1, 07.06.2002, 4137/2002, considerando cuarto.

Actualidad Juridica 36.indd 131 01-09-17 11:59

1. Problemas en la identificación jurídica del daño indemnizable en acciones de wrongful life

Jurídicamente es menos defendible aún la posibilidad de obtener indemnizaciones derivadas del hecho del nacimiento propio. Lo reclamado, entonces, corresponde sin más al hecho de haber nacido, no al hecho de haber nacido enfermo. De aquí que su reconocimiento jurisprudencial favorable sea prácticamente nulo en la jurisprudencia de diversas latitudes. Se objeta el resarcimiento de este daño por cuanto

> "el reconocimiento y protección de la vida por parte de los ordenamientos tiene un carácter absoluto e indiscutible, que excluye por principio poder plantearla como daño"[91].

De lo anterior, pueden considerarse como criterios contrarios a la indemnización del *wrongful life* el imposible de atribuir al hecho mismo de la vida una categoría específica de daño, toda vez que la vida es siempre un beneficio; asimismo, el juez para efectos de determinar el alcance del perjuicio siempre debe efectuar un ejercicio comparativo entre la existencia y la inexistencia[92], lo cual conduce a un absurdo jurídico desde la perspectiva de exigir una comparación respecto de la "no vida"[93].

Es del caso hacer presente que la autora A. Macía M. hace una relación de doctrina comparada que conduce a la solución expuesta[94]. Sin perjuicio de lo anterior, más adelante, la misma profesora expone su propia opinión, defendiendo un supuesto mérito indemnizatorio del *wrongful life*. Expone la autora citada que no en todas las legislaciones la vida corresponde a un bien absoluto. Lo anterior, pues, se consideran legislativamente excepciones, tales como: la legítima defensa, estado de necesidad, el mismo aborto. De aquí que sostenga:

> "la exclusión del concepto de daño del perjuicio en que se apoya la reclamación del niño, parte de una pretendida contradicción que, desde el punto de vista jurídico, no es absoluta: si el carácter del bien vida como jurídicamente protegido, que excluye cualquier atentado contra el mismo, tiene límites, ¿no puede ser uno de estos límites la calificación de la vida como daño bajo ciertas circunstancias, sobre todo, cuando el que realiza dicha calificación es el propio titular? La respuesta a esta pregunta merece, al menos, una reflexión mayor de la que se encuentra detrás del rechazo de la reclamación de responsabilidad civil por *wrongful life*"[95].

[91] Macía (2009), p. 192.
[92] De La Maza (2006).
[93] Macía (2009), p. 190.
[94] *Op. cit*, p. 191.
[95] *Op. cit*, p. 192.

Actualidad Juridica 36.indd 132 01-09-17 11:59

En este mismo sentido la profesora A. Romero C. defiende la figura, indicando:

> "Desde mi punto de vista, hay que criticar el valor vida como valor absoluto. El reconocimiento del valor vida ha de depender, en buena medida, de valoraciones que nunca han de ser olvidadas o postergadas en pro de otras consideraciones, o en aras de una absolutización de la vida como derecho. Baste decir que los derechos tienen también sus límites. Pensemos en el derecho a la libertad de expresión (o de información). Es un derecho, pero tiene sus limitaciones, las cuales están más o menos definidas por la Jurisprudencia. Nadie podría pensar que la libertad de expresión sea un derecho absoluto. La vida tampoco lo es"[96].

Opiniones como las expuestas anteriormente, no han tenido mayor reconocimiento ni en la jurisprudencia española ni en la estadounidense. En atención a ello, los demandantes de un daño de esta naturaleza, conscientes de la posibilidad que su pretensión sea rechazada, recurren a otros criterios y, en definitiva,

> "cambian el enfoque de su pretensión; en concreto, alteran el presupuesto de la reclamación e identifican el daño con un interés que socialmente pueda ser considerado como jurídicamente protegido. Separan, pues, el daño reclamado del hecho de la vida del hijo (...) y centran éste, bien en la lesión de la libertad de procreación que reconoce a todo sujeto el artículo 10.1 CE (Martín Casals, 2000, pp. 190-195)10, o bien en los gastos que acarrea el niño (García Rubio, 1998, p. 1218)"[97].

Con ello se obtiene que la discusión referente a la indemnización se valore, desde la perspectiva del *wrongful birth*.

Concluiremos refiriéndonos brevemente a los cuestionamientos causales en el resarcimiento del daño en acciones de *wrongful life*.

2. *Problemas en la identificación jurídica del vínculo de causalidad en acciones de* wrongful life

Un factor que sepulta las demandas indemnizatorias bajo el argumento del *wrongful life* corresponde a la insuficiencia notoria de causalidad que existe entre el daño invocado (hecho de vivir) y el hecho generador de responsabilidad (negligencia en la información comunicada por el médico u omisión de esta). Lo indicado, pues, resulta inconexo que la negligencia incurrida por el médico haya tenido alguna incidencia en el daño invocado por el hijo. En rigor, podría decirse que la negligencia impide que la madre aborte o que los

[96] Romero (2010), p. 2573.
[97] Macía (2007), pp. 9-10.

Actualidad Juridica 36.indd 133 01-09-17 11:59

progenitores se vean afectados por el impacto de tener un hijo enfermo y de los gastos extraordinarios que ello implica, pero no constituye la causa por la cual el niño padece los males que lo aquejan y que lo motivan a demandar una indemnización derivada del hecho de su existencia. En sentido de lo expuesto, argumenta la profesora A. Macía M., respecto del sufrimiento experimentado por el niño a causa de sus malformaciones, que este existe:

> "y que, con seguridad, de ellas deriva el perjuicio del niño, pero su existencia no se debe al comportamiento del profesional que no las detectó o no las puso de relieve frente a los progenitores; falla, pues, aquí la relación de causalidad entre el daño y el comportamiento del profesional sanitario"[98].

Conclusión

Aspectos vinculados a la responsabilidad médica constituyen un espacio fértil en cuanto a la constatación de nuevas especies de daños indemnizables. Entre ellos, hemos abordado la pertinencia indemnizatoria de daños vinculados a la concepción, nacimiento y a la vida misma de una persona, también conocidos bajo la nomenclatura anglosajona *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*. Las figuras expuestas se identifican con afirmaciones de embarazo injusto, nacimiento injusto y vida injusta, respectivamente. Nociones que se enfrentan al beneficio palpable de cada nueva vida humana en el mundo. En el análisis, hemos revisado sentencias de países exponentes del sistema anglosajón, tales como Estados Unidos y Reino Unido. Asimismo, hemos estudiado la situación de países exponentes del sistema latino continental, tales como España, Francia y Chile.

Apreciamos una tendencia en el Derecho Comparado en orden a reconocer el mérito indemnizatorio derivado de figuras de *wrongful conception*, bajo el entendido en que la negligencia del médico ha impedido que la intervención quirúrgica tendiente a la esterilización de alguno de los progenitores surta el efecto esperado, verificándose, en definitiva, un embarazo. En tal sentido, la negligencia del médico constituye la causa eficiente del daño invocado. En este punto, nos oponemos a la tesis de considerar al embarazo como un daño, en atención a la concepción humanista del derecho, criterio que suscribimos.

Por otro lado, respecto de aquellos países en los que se encuentra aprobado legislativamente el aborto, constatamos una regla general tendiente al reconocimiento de acciones por *wrongful birth* por parte de los tribunales. De aquí que se haya aprobado que la negligencia en el diagnóstico de enferme-

[98] Macía (2009), p. 189.

Actualidad Juridica 36.indd 134 01-09-17 11:59

dades graves o malformaciones probablemente presentadas por el feto, y que impiden en los hechos a la madre abortar, constituye un perjuicio indemnizable. Sin perjuicio de lo anterior, se ha afirmado, por un lado, que una lectura más amplia de la figura podría integrar legislaciones que no han legalizado el aborto. De aquí, que el *wrongful birth* pudiera ser planteado desde la perspectiva de aquellos progenitores que no pudieron prepararse, psicológica o materialmente al nacimiento de un menor discapacitado, a consecuencia de la negligencia del médico en el cumplimiento de su obligación de informar oportunamente las malformaciones o enfermedades del feto. Por otro, hemos expuesto que la exigencia de probar que la intención de haber abortado implica una exigencia insalvable de esta acción constituye un presupuesto arbitrario e invasivo.

Distinto ha sido el tratamiento del mérito indemnizatorio por acciones de *wrongful life*, cuyo mérito indemnizatorio, por regla general ha sido objeto de rechazos por parte de los tribunales de diversas latitudes. En otros términos, se objetan normalmente las pretensiones indemnizatorias derivadas de la vida injusta de la persona que no pudo ser abortada. Estamos de acuerdo con ello, por cuanto, en nuestro entender, la vida no puede ser identificada como un daño. Por otro lado, no hay causalidad entre el daño invocado por el hijo y la negligencia del médico.

Bibliografía

Andalia, Candice y Boston, Sheila (2013): *Know the Stakes When the Stork Comes: Damages and Defenses in Pregnancy Tort Actions*. Disponible en: http://clients.criticalimpact.com/newsletter/newslettercontentshow1.cfm?contentid=15236&id=1806#15236.

Ataz López, Joaquín (2006): "Las wrongful actions en materia de responsabilidad médica", en María del Carmen García Garnica y Antonio Orti Vallejo (coords.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas* (Pamplona, Aranzadi).

Aynès, Laurent (2001): "Préjudice de l´enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation", en *Recueil Dalloz*, Vol. 8 N° 2: pp. 492-496.

Braverman, Philip (1978): "Wrongful Conception: Who Pays for Bringing Up Baby?", em *Fordham Law Review*, Vol. 47 Issue 3: pp. 417-436.

Cohen, Mark (1978): "Park v. Chessin: The Continuing Judicial Development of the Theory of "Wrongful Life", en *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 4 N° 2: pp. 211-232.

Corral Talciani, Hernán (2003): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Actualidad Juridica 36.indd 135 01-09-17 11:59

Corral Talciani, Hernán (2012): *Aborto y esterilización fallidos: ¿el hijo como daño?*, Derecho y Academia, el blog de Hernán Corral. Disponible en: https://corraltalciani.wordpress.com/2012/05/27/aborto-y-esterilizacion-fallidos-el-hijo-como-dano/.

De Ángel Yagüez, Ricardo (1989): "La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencia al Derecho Comparado", en *Revista Española de Seguros*, N° 57: pp. 47-87.

De Ángel Yagüez, Ricardo (1996): "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte I", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, N° 4: pp. 105-120.

De La Maza Gazmuri, Iñigo (2006): "Plegarias atendidas: procreación asistida y wrongful life actions", en José Ramón De Verda (ed.) *Daños en el Derecho de Familia* (Madrid, Thomson Aranzadi).

De Verda, José Ramón y Chaparro, Pedro (2014): "Responsabilidad Civil Médica por privación de la facultad de optar por el aborto", en *Revista Boliviana de Derecho*, N° 17: pp. 276-295.

Dewitt Rogers, Thomas (1982): "Wrongful Life and Wrongful Birth: Medical Malpractice In Genetic Counseling And Prenatal Testing", en *South Carolina Law Review*, Vol. 33 Issue 4: pp. 713-758.

Dobbs, Dan (2000): *The law of Torts* (St. Paul, West Group).

Duguet, Anne Marie (2002): "Wrongful life: the recent French Cour de Cassation decisions", en *European Journal of Health Law*, Vol. 9 Issue 2: pp. 139-149.

Elste, Sandra Birgitta (2007): "Analysis of Common Law Judgments In Regards Of "Wrongful Birth" Cases", en *The New Zealand Postgraduate Law e-Journal*, Issue 4. Disponible en: https://cdn.auckland.ac.nz/assets/nzpglejournal/Subscribe/Documents/2006-2/5-SandraEPaper.pdf

Fishman, James (2012): *Ariel and Deborah Levy Win Highly Controversial "Wrongful Birth" Suit*. Disponible en: www.sunstoneonline.com/ariel-and-deborah-levy-win-highly-controversial-wrongful-birth-suit

Garfinkle, Jill (1991): "Burke v. Rivo: Toward a More Rational Approach to Wrongful Pregnancy", em *Villanova Law Review*, Vol. 36 Issue 3: pp. 805-830.

Giesen, Ivo (2012): "The Use and Influence of Comparative Law in 'Wrongful Life' Cases, en *Utrecht Law Review*, Vol. 8 N°. 2: p. 35-54.

Jackson, Anthony (1995): "Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England", en *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 17 Issue 3: pp. 535-613.

Jourdain, Patrick (2002a): "Loi anti-Perruche: une loi démagogique", en *Recueil Dalloz*, Point de vue.

Jourdain, Patrick (2002b) *"La fin de la jurisprudence Perruche"*, *Le Nouveau droit des malades* (París, Litec).

Labrusse-Riou, Catherine y Mathieu, Bertrand (2000): "La vie humaine peut-elle être un préjudice", en *Recueil Dalloz*, N° 44: p. iii.

Actualidad Juridica 36.indd 136 01-09-17 11:59

Lambert-Faivre, Yvonne (2002): "La loi N° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La solidarité envers les personnes handicapées", en *Recueil Dalloz*, N° 6: p. 1217 y ss.

Macía Morillo, Andrea (2005): *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales[las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life"]* (Madrid, Tirant lo Blanch).

Macía Morillo, Andrea (2007): "La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life", en *Revista de Derecho Universidad del Norte Colombia*, Nº 27: pp. 3-37.

Macía Morillo, Andrea (2008): "Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008", en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 18-ii: pp. 189-210.

Macía Morillo, Andrea (2009): "Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por wrongful birth y wrongful life", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12 julio: pp. 167-206.

Malan, Chris (1982): "The Wrongful Life Controversy: Curlender v. Bio-Science Laboratories and Turpin v. Sortini", en *Idaho Law Review*, Vol. 18 Issue 2: pp. 237-255.

Markesinis, Basil (2001): "Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l´arrêt Perruche", en *Revue trimestrelle de droit civil*, Jan-Mars: p. 77 y ss.

Martín Casals, Miquel (2000): "Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish Law: two wrongs in search of a right", en Ulrich Magnus y Jaap Spier (edit.) *European Tort Law*: *Liber Amicorum for Helmut Koziol* (Frankfurt, Peter Lang).

Martín Casals, Miquel y Solé Feliú, Josep (2002): "Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 60, 2002, pp. 1097-1121.

Moncada Miranda, Alexis (2014) "Obligaciones y Responsabilidad Civil", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23: pp. 351-360.

Moncada Miranda, Alexis; Aedo Barrena, Cristián y Coleman Vega, Luis (2015): "Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth, wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno", en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 21 N° 1: pp. 19-56.

Pacheco-Jiménez, Maria Nieves (2011): *Acciones Wrongful Birth Y Wrongful Life: Una Controvertida Vía De Responsabilidad Civil Médica*. Disponible en: https://previa.uclm.es/cu/csociales/pdf/documentostrabajo/2011/2-2011.pdf

Priaulx, Nicolette (2004): "That's One Heck of an "Unruly Horse"! Riding Roughshod Over Autonomy in Wrongful Conception", en *Feminist Legal Studies*, Vol. 12 Issue 3: pp. 317-331.

Priaulx, Nicolette (2005): "Damages for the "unwanted" child: time for a rethink?", en *Medico-Legal Journal*, Vol. 73 Issue 4: pp. 152-163.

Actualidad Juridica 36.indd 137 01-09-17 11:59

Render, John *et al*. (1998): "Health Care Law: A Survey of 1997 Developments", en *Indiana Law Review*, Vol. 31 Issue 3: pp. 621-668.

Romero Coloma, Aurelia (2010): "Las acciones de "Wrongful birth" y "Wrongful life" en el Ordenamiento Jurídico Español", en *Revistra Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°722: pp. 2559-2608.

Sériaux, Alain (2002): "Perruche et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification", en *Recueil Dalloz*.

Strasser, Mark (1999): "Wrongful life, wrongful birth, wrongful death, and the right to refuse treatment: can reasonable jurisdictions recognize all but one?", en *Missouri Law Review*, Vol. 64 Issue 1: pp. 29-76.

Stretton, Dean (2005): "The Birth Torts: Damages For Wrongful Birth And Wrongful Life", en Deakin Law Review, Vol. 1 Issue 1: pp. 319-364.

Taylor, Joel (1982): "Torts-Wrongful Birth-Public Policy Forbids Award Of Damages For Expense Of Raising A Healthy, But Unwanted Child. Wilbur V. Kerr, 276 Ark. 214, 628 S.W.2d 568 (1982)", en *University Of Arkansas at Little Rock Law Journal*, Vol. 5 Issue 4: p. 593-604.

Teff, Harvey (1985): "The action for wrongful life in England and the United States", en *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34 Issue 3: pp. 423-441.

Terré, François (2000): "Le prix de la vie", en *La Semaine Juridique ed. Générale*, N° 50 Actualité.

Vargas Aravena, David (2006): "Responsabilidad civil por falta de información en algunos casos de wrongful conception al tenor de la jurisprudencia española", en *Gaceta Jurídica*, N° 314: pp. 28-34.

Vicandi Martinez, Arantzazu (2013): "El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente", en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, N° 3 septiembre-diciembre: pp. 40-59.

Viney, Genevieve (2001): "Brèves remarques à propos d´un arrêt qui affecte l´image de la justice dans l´opinion", en *La Semaine Juridique ed. Générale*, N°2 Doctrine.

Williams, Robert (1990): "Johnson v. University Hospitals of Cleveland: Public Policy Over Traditional Principles", em *Akron Law Review*, Vol. 23 Issue 3: pp. 599-610.

Wilmoth, David (1980): "Wrongful Life and Wrongful Birth Causes of Action: Suggestions for a Consistent Analysis", en *Marquette Law Review*, Vol. 63 Issue 4: pp. 611-642.

Jurisprudencia

Barder v. Johnson, 675 N.E.2d 1119 (1997).

Becker v. Schwartz, 46 N.Y.2d 401 (1978).

Burke v. Rivo, 406 Mass. 764, 551 N.E.2d 1 (1990).

Christensen v. Thornby (1934) 192 Minn., at p. 126 [255 N.W. at p. 622].

Corte de Apelaciones de Antofagasta (2012): Rol N° 373-11, 2 de mayo de 2012.

Actualidad Juridica 36.indd 138 01-09-17 11:59

Corte de Casación, Asamblea Plenaria, 17.11.2000, JCP G 2000, II, 10438.

Custodio v. Bauer, 251 Cal. App. 2d 303, 324, 59 Cal. Rptr. 463, 477 (1967).

Gildiner v. Thomas Jefferson University Hospital, 451 F. Supp. 692, 695 (1978).

Gleitman vs. Cosgrove, 49 N.J. 22 (1967).

Jacobs vs. Theimer. 519 S.W.2d 846 (1975).

McFarlane v Tayside Health Board [2000] 2 AC 59.

McKay v Essex Area Health Authority [1982] All ER 771 (CA).

Park v. Chessin, 88 Misc. 2d 222 (1976).

Parkinson v St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust, [2001] All ER (D) 125 (Apr).

Rance v. Mid-Downs Area Health Authority, (1990) 2 Med LR 27.

Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust, [2003] 3 WLR 1091 (HL).

Salih v. Enfield Health Authority [1991] 3 All ER 400 (CA).

Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 04.02.1999, 679/1999.

Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 06.06.1997, 3999/1997.

Tribunal Supremo, Sala en lo civil, sección 1, 07.04.2004, 2401/2004.

Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 07.06.2002, 4137/2002.

Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 14.03.2013, 1136/2013.

Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 18.05.2006, 3350/2006.

Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 18.12.2003, 8215/2003.

Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 19.06.2007, 4827/2007.

Tribunal Supremo, Sala en lo civil, sección 1, 25.04.1994, 2851/1994.

Tribunal Supremo, Sala en lo civil, sección 1, 29.05.2003, 3678/2003.

Tribunal Supremo, Sala en lo Civil, sección 1, 31.05.2011, 3556/2011.

Turpin v. Soritini, 31 CAL.3D 22.

Wilbur V. Kerr, 628 S.W.2d 568 (1982).

Zepeda vs Zepeda, 41 Ill. App. 2d 240 (1963).

Actualidad Juridica 36.indd 139 01-09-17 11:59

EL CONCEPTO DE OBLIGACIONES FUTURAS EN EL *CÓDIGO CIVIL* CHILENO

THE CONCEPT OF FUTURE OBLIGATIONS IN THE CHILEAN *CIVIL CODE*

Cristián Fernández Lama[*]

RESUMEN: El presente trabajo, luego de referir brevemente los diferentes pareceres que existen tanto en el ámbito doctrinario como de Derecho Comparado en torno a las obligaciones futuras, intenta precisar el concepto de estas en nuestra legislación civil, a partir de la normativa del *Código* del ramo.

PALABRAS CLAVE: Obligación futura – Accesoriedad – Cauciones – Prenda – Hipoteca.

ABSTRACT: The present work, after briefly mentioning the different opinions that exist at both doctrinal and comparative law regarding future obligations, tries to clarify the concept of these in our civil legislation, based on the legislation of the branch code.

KEY WORDS: Future Obligation – Accessories – Bonds – Pledge – Mortgage.

* * *

A) INTRODUCCIÓN

En ninguna de sus disposiciones el *Código Civil* chileno define a las obligaciones futuras. Parco a este respecto, tan solo su artículo 2339 se refiere explícitamente a ellas, sin ofrecer una noción de las mismas.

Nuestra doctrina tampoco ha prestado mayor atención a su definición. Con excepciones, ha tendido a dar el concepto por sentado, como si fuera una noción autoevidente, apodíctica, que no requiere de elaboración y, ni siquiera, de explicación.

* Profesor de Teoría del Derecho y Bases del Orden Jurídico, Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo, Sede Concepción.

Actualidad Juridica 36.indd 141 01-09-17 11:59

Lo anterior no deja de llamarnos la atención. El concepto de obligación futura, su delimitación, no es asunto de importancia menor y trasciende con mucho los alcances del presente trabajo: baste recordar que es precisamente la admisión de la hipoteca en garantía de esta clase de obligaciones uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se sostiene el edificio argumental que defiende la validez de la hipoteca con cláusula de garantía general, la cual, para bien o para mal, se encuentra muy sólidamente anclada en la práctica crediticia chilena. Incluso, admitida que sea la validez de esta clase de hipoteca, el concepto de obligación futura puede limitar, de manera indirecta, el hipertrófico desarrollo que ella ha experimentado.

Cosa distinta se observa entre los autores extranjeros, donde existe una antigua, amplia y aún abierta discusión en torno al concepto de obligaciones futuras.

B) Breve noticia de las obligaciones futuras en la doctrina y el Derecho Comparado

La doctrina extranjera –como ya adelantamos– discute la exactitud y juridicidad del término obligación futura, existiendo desde quienes le niegan todo valor hasta quienes, admitiendo su posibilidad, intentan precisarla. Sintenis, por ejemplo, la rechaza como categoría, por considerar que las obligaciones son puras, condicionales o a plazo. Brinz, en cambio, admite su posibilidad y Regelsberger las conceptualiza, expresando que por obligación futura debe entenderse toda obligación posible[1].

Supuesta su viabilidad, será la mayor o menor amplitud que se dé al concepto la que dividirá a los autores, lo que resulta muy natural, si se piensa que la mera eventualidad o posibilidad de una obligación rebasa toda concreción jurídica y es preciso, para salir del ámbito de lo abstracto, de la futuridad, que la obligación futura tenga cierta consistencia. Como bien dice el hipotecarista español Jerónimo González, siguiendo en este punto al italiano Chironi:

> "para garantizar una deuda futura, no se requiere que haya de existir, basta con que el aparato jurídico creado tenga consistencia suficiente para merecer garantía de sus consecuencias"[2].

Otro español, Federico Puig Peña, expresa que obligación futura:

> "es aquella que no ha surgido plenamente todavía a la vida pero que está prevista en lo que pudiéramos llamar previsibilidad normal de los contratantes".

[1] Mery Berisso (1958), p. 86.
[2] González (2011), p. 46.

Actualidad Juridica 36.indd 142 01-09-17 11:59

Esta definición resulta de especial importancia en nuestro medio, pues ella ha sido citada en más de alguna sentencia chilena referente a la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria[3].

Entre nosotros, el profesor Ramón Domínguez Águila, en su artículo "El principio de lo accesorio y la prescripción de las acciones de garantía", sin definirlas, hace una distinción entre obligaciones futuras y aquellas que denomina "meramente eventuales" o "probables", siendo estas últimas obligaciones que, pudiendo llegar a producirse, ni siquiera se sabe si van a existir[4]. Para este autor, entonces, lo común de ambas nociones es que se trata de obligaciones no existentes, pero posibles, radicando la diferencia tan solo en la mayor o menor certidumbre que pueda existir en torno a su producción. Esta opinión se emparenta, por tanto, con la expresada por los citados Jerónimo González y Federico Puig Peña.

Mery Berisso, también sin definirlas, y refiriéndose específicamente a la hipoteca de obligaciones futuras, entiende que para que se pueda constituir esta garantía es preciso "que haya al menos una obligación preliminar que lleve implícita la necesidad o la suposición de la existencia de una obligación futura"[5].

El Derecho Comparado tampoco ofrece bases seguras para la construcción de un concepto, por la gran variabilidad que se observa sobre el particular entre un ordenamiento y otro. En algunos, el concepto es sumamente amplio y se comprenden en él todas aquellas obligaciones que aún no se hayan contraído[6], no faltando, incluso, legislaciones que consideran como obligaciones futuras las que están ya contraídas, pero que no son exigibles al momento de celebrarse el acuerdo de garantía.

Pese a lo anterior, y desde una perspectiva puramente estadística, pareciera que la mayoría de los ordenamientos entienden más bien restringidamente el concepto de obligación futura, distinguiendo estas de aquellas meramente probables.

C) Las obligaciones futuras en el *Código Civil*

El artículo 2339 establece en forma implícita la principal característica de las obligaciones futuras: su no existencia. Sin embargo, tal rasgo no es por sí

[3] Véanse, p. ej., las sentencias de la Excma. Corte Suprema (2008), Rol N° 1544-2007; y (2012), Rol N° 6742-2011.

[4] Dominguez Aguila (2008) pp. 42 y 43.

[5] Mery Berisso (1958) p. 88.

[6] Este es el criterio también de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, véase su artículo 5 b.

Actualidad Juridica 36.indd 143 01-09-17 11:59

sólo suficiente y es precisa una mayor elaboración para determinar los justos alcances del concepto[7].

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, la voz 'futura', en su primera acepción, que es la que nos interesa para estos efectos, significa "que está por venir". Desde esta primera aproximación, las obligaciones sujetas a condición suspensiva podrían perfectamente ser calificadas de obligaciones futuras, toda vez que ellas "están por venir", es decir, no son presentes, actuales, pues su existencia misma está sujeta un hecho o acontecimiento futuro e incierto.

Así las cosas, desde una perspectiva lógica, caben tres posibilidades o alternativas:

a) que exista identidad entre los conceptos de "obligación sujeta a condición suspensiva" y "obligación futura", es decir, que sean lo mismo;
b) que la obligación sujeta a condición suspensiva constituya una especie de obligación futura. Desde esta perspectiva, habrá de distinguirse dentro de un concepto amplio de obligación futura a aquellas sujetas a condición suspensiva, por un lado, y las obligaciones futuras propiamente tales, por otro y
c) que la obligación sujeta a condición suspensiva constituya una categoría aparte, jerárquicamente superior en orden a su grado de perfección a las obligaciones futuras (e inferiores, tanto estas como aquellas, a las obligaciones puras y simples, que se situarían en la cúspide).

Como se aprecia de su redacción, el artículo 2339 distingue netamente las obligaciones condicionales (y a plazo) de las obligaciones futuras. En efecto, el citado artículo, luego de señalar que pueden afianzarse tanto obligaciones puras y simples como sujetas a condición o plazo, agrega "Podrá también –es decir de igual forma, del mismo modo– afianzarse una obligación futura...", lo que sería redundante si estas últimas se hubieren entendido comprendidas en la noción de obligaciones condicionales y, más importante y decidor, da un tratamiento distinto al afianzamiento de unas y otras, pues solo reserva la facultad de retractarse en tanto ellas no surjan al fiador de obligaciones futuras, pero no así al fiador de una obligación condicional suspensiva[8]. Cabe destacar, por lo demás, que este tratamiento resulta plenamente armónico y consistente con la regulación general de las obligaciones sujetas a condición suspensiva, donde se reconoce que, aun cuando no haya nacido ni el derecho ni su obligación correlativa, el vínculo jurídico sí existe, de tal guisa que el deudor no puede retractarse de modo unilateral.

[7] Mery Berisso (1958), p. 86.

[8] La distinción, además, es sistemática. El *Código Civil*, en su artículo 2413 inc. 1°, permite en forma expresa el otorgamiento de hipotecas "bajo cualquiera condición"; hipótesis distinta y que no puede ser confundida con la posibilidad de garantizar obligaciones futuras, que también autoriza el mismo artículo en su inciso final.

Actualidad Juridica 36.indd 144 01-09-17 11:59

Luego, bien podríamos decir que nuestro *Código* admite la existencia de un límite natural, arcifinio, si se nos autoriza para ocupar una expresión algo impropia, pero gráfica y, además de carácter negativo en el concepto de obligaciones futuras, se trata de obligaciones "que están por venir", pero que no están sujetas a condición suspensiva ni, mucho menos, a plazo suspensivo.

Conviene hacer presente aquí que cuando ocupamos la expresión 'condición', lo hacemos en su sentido propio, esto es, de condición de hecho, que son las que encuentran su fuente en la voluntad de las partes, quienes libérrimamente pueden incluirlas, sin que la ley o la naturaleza del acto jurídico de que se trate las imponga. Las obligaciones futuras, evidentemente, por su propia naturaleza, por su propia futuridad, están siempre sujetas a una *conditio iuris*, consistente en que dichas obligaciones se contraigan y surjan a la vida de derecho.

Mas aclarar lo que las obligaciones futuras no son, a lo sumo, puede constituir una orientación, un punto de partida; pero no resuelve el problema de fondo, consistente en precisar qué es lo que efectivamente son tales obligaciones.

Enfrentados a esta cuestión, tres son las alternativas (básicas) que pueden plantearse:

a) Considerar, ateniéndose al tenor literal de la expresión "obligaciones futuras", que tales son todas aquellas que, siendo jurídicamente posibles, no han nacido al momento de constitución de la garantía, con independencia de que su proceso de formación esté iniciado, pendiente de ulteriores integraciones que lo completen o no, quedando vinculado a un hecho futuro.

   Esta tesis resulta la menos exigente de todas cuantas puedan plantearse, la más liberal, e importa, en definitiva, desconocer la existencia de un límite (inferior) que las distinga de otras meramente probables, desde que no requiere para considerarlas como obligaciones futuras ni siquiera que su proceso de constitución haya comenzado.

   El más fuerte apoyo a esta forma de concebir las obligaciones futuras se encuentra en el propio artículo 2339 que, por lo menos en su letra, no hace distinción alguna y, además, en la extendida consideración, extrajurídica eso sí, que dado el desarrollo y necesidades del comercio actual, resulta socialmente conveniente flexibilizar el régimen jurídico de las cauciones. Cabe mencionar también que la doctrina sobre la admisibilidad de las reservas de rango en materia hipotecaria[9],

[9] El rango registral puede definirse como la cualidad que ostentan los derechos reales, coexistentes en una misma finca, en orden a la prelación de los unos respecto a los otros. La consecuencia general del rango hipotecario es que un derecho real inscrito no perjudicará cualquier otro derecho real de rango preferente, pero sí perjudicará los derechos reales de rango inferior. Nuestro sistema adoptó en este punto el viejo apotegma de "primero en el tiempo,

Actualidad Juridica 36.indd 145 01-09-17 11:59

sin ser un argumento necesariamente militante a su favor, facilita su aceptación.

b) Estimar que es indispensable preexista por lo menos un vínculo jurídico, del cual surgirá la obligación futura y objeto de garantía.

También se trata esta de una tesis extrema, esta vez la más exigente, y que, como veremos, se aviene mejor con el principio de accesoriedad que impera en materia de cauciones.

c) Una tesis intermedia, conforme a la cual, aun cuando no es indispensable exigir la pre o coetánea existencia de un vínculo jurídico en sentido estricto, es preciso, a lo menos, un conjunto de circunstancias objetivas referidas a la situación de los eventuales acreedores y deudores que permita fijar la obligación futura en virtud de un proceso de remisión.

A nuestro entender, para precisar el concepto, es conveniente partir de algunas premisas que orientarán nuestra tarea:

a) Cuando hablamos de posibilidades en el Derecho es necesario referirse a algunas de suficiente probabilidad como para que se justifique entren dentro de su campo, pues es claro que conceptos artificiales e hipótesis extrañas han de permanecer ajenos a los razonamientos y la técnica jurídica. De lo anterior se sigue que estimemos que no baste la mera posibilidad de una obligación para estar frente a una "obligación futura" en sentido jurídico y estricto, sino que se requiere, como decía el citado Jerónimo González, que ella tenga cierta "consistencia" que la haga merecedora de poder ser garantizada[10], máxime cuando se considera, por otro lado, que la constitución de cualquier garantía nunca es completamente inocua, pues ellas menoscaban el crédito de quien se obliga.

Esta idea nos aleja desde ya de la tesis menos exigente, referida bajo la letra a) del numeral precedente, puesto que ella, como decíamos, no requiere para considerar como obligaciones futuras ni siquiera que su proceso de constitución haya comenzado.

---

poderoso en el derecho", y conforme al mismo, establece que hipotecas y censos prefieren en el orden de sus fechas y si son de una misma fecha, en el orden material de su inscripción (artículos 2477 y 2480 del *Código Civil*).

Ahora bien, autores como Francisco de Asís Sancho Rebullida y Diego Espín Cánovas, tratando de explicar la naturaleza de la inscripción de una hipoteca constituida para garantizar obligaciones futuras, han sostenido que antes que se contraiga la obligación principal no existe auténtica hipoteca, sino una mera reserva de rango hipotecario a favor de una hipoteca que, aunque formalmente ya esté constituida, solo nacerá de forma simultánea con el crédito garantizado, aun cuando sus efectos se retrotraerán a la fecha que haya sido inscrita. Véase: Sancho Rebullida (1991), pp. 321-322; Espín Cánovas (1977), p. 470.

[10] Al Derecho parece nunca bastarle la mera posibilidad, sino que siempre exige cierta probabilidad. Cuando el *Código Civil*, en su artículo 1461, señala los requisitos del objeto de las obligaciones de dar, prescribe que este debe existir o, a lo menos, esperarse que exista. Racionalmente, y en términos generales, solo se espera lo cierto o, a lo sumo, lo relativamente probable.

Actualidad Juridica 36.indd 146 01-09-17 11:59

b) El concepto de obligación futura se encuentra muy estrechamente vinculado al de caución, y no de modo casual. La idea de obligación futura surge y se va conformando como una categoría en el Derecho, en lo inmediato, a raíz de la discusión de si ellas pueden o no ser garantizadas[11]; pero en un sustrato más profundo, dicha preocupación es producto del conflicto que parece surgir entre la principal característica de las obligaciones futuras, esto es, su inexistencia (actual), por una parte, con el principio de accesoriedad que impera en materia de cauciones, por otra, pues este principio supone siempre[12] la existencia de una obligación (principal) que se garantiza o que a lo menos con posterioridad a la constitución de la garantía, surja tal obligación principal, pues ninguna caución puede concebirse aislada, sino en, por y para la obligación que garantizan.

De lo anterior se sigue que la (completa) indeterminación de la obligación garantizada (sea futura o no) deja sin determinación el objeto (propio) de la caución que se constituya[13].

c) Sin perjuicio de lo señalado en la letra precedente, y dado que tanto la fianza como la hipoteca de obligaciones futuras aparecen expresamente autorizadas en el *Código*, las exigencias que el concepto de obligación futura pueda demandar en orden al grado de determinación que deban cumplir para ser tenidas por tales y no por meras obligaciones probables o eventuales –y por lo mismo, no susceptibles de ser garantizadas– no pueden nunca llegar al extremo de, en la práctica, imposibilitar el otorgamiento de estas cauciones, pues por esta vía oblicua se privaría de todo efecto a expresas disposiciones del *Código Civil*.

La regulación de la fianza, aunque no tan clara y categórica como nos gustaría, orienta en medio de la penumbra de la cuestión. Su definición legal, contenida en el artículo 2335, que pone el acento en su carácter accesorio, así como el objeto de dicho contrato, que siempre consiste en pagar una canti-

[11] Baste para demostrar nuestro aserto que cada vez que la legislación se refiere a las obligaciones futuras, sea mencionándolas o aludiéndolas, siempre lo hace para declarar que ellas son susceptibles de tal o cual caución específica: fianza (artículo 2339), hipoteca (artículo 2423), prenda sin desplazamiento (artículo 14 de la ley Nº 20.190).

[12] Lo anterior, naturalmente sin perjuicio que la ley pueda, en ciertos casos, prescindir o relajar de consecuencias que se deriven estrictamente de la accesoriedad.

[13] Estimamos que un ejemplo nos ayudará a explicarnos mejor. El objeto del contrato de hipoteca es el derecho que por tal contrato se crea, es decir, el derecho que se crea para el acreedor a que su deudor constituya a su favor el derecho real de hipoteca; y este crédito que corresponde al acreedor, a su vez, tiene por objeto el derecho real de hipoteca, que es una cosa. Ahora bien, el derecho real de hipoteca se constituye, esencialmente, por el inmueble y, además y muy importante, por la garantía. Desde un punto de vista pasivo, el derecho real de hipoteca es la obligación que incumbe al poseedor de una cosa raíz de pagar una deuda (determinada o determinable), de lo que resulta que la obligación caucionada (sea o no futura) –que a su vez, tiene su propio objeto– viene a ser el objeto de la garantía.

Actualidad Juridica 36.indd 147 01-09-17 11:59

dad de dinero (artículo 2343 inciso final), parecen excluir terminantemente la posibilidad de que las obligaciones futuras sean completamente indeterminadas y, con ello, indirectamente, limitan el concepto de "obligación futura", que para ser tal debería ser determinada o determinable, en los términos del artículo 1461; pero esta conclusión, forzoso es reconocerlo, se debilita en algo por el hecho de concebir el *Código* la fianza de obligaciones futuras con un carácter precario, atendida la facultad de retracto unilateral que se reconoce al fiador en tanto no se contraigan las obligaciones principales o, dicho de otro modo, las obligaciones futuras dejen de ser tales y pasen a ser presentes, actuales.

Por lo expresado en el numeral precedente y, además, dado que nuestro *Código Civil* se refiere (aunque implícitamente) también a las obligaciones futuras cuando, otra vez a despecho del principio de accesoriedad, admite la posibilidad de garantizarlas con hipoteca (artículo 2413 inc. final)[14], la elaboración de un concepto unitario[15] y restringido de obligación futura, que las distinga netamente de aquellas simplemente eventuales, exige en forma previa el examen de las normas relativas al contrato de hipoteca y, particularmente,

[14] Del tenor literal del inciso final del artículo 2413, que señala que la hipoteca podrá otorgarse "antes o después de los contratos a que acceda" y no ocupa una fórmula más amplia, como sería, por ej., "antes o después de la obligación a que acceda", podría surgir la duda acerca de si la hipoteca en garantía de obligaciones futuras puede o no para caucionar obligaciones futuras de cualquier origen o, bien, solo obligaciones futuras de naturaleza contractual.

Si se estima que la citada regla es, a la luz del principio de accesoriedad, excepcional y que, por tanto, ella no puede interpretarse extensivamente ni tampoco ser objeto de analogía, habría de concluirse la imposibilidad de garantizar obligaciones futuras de naturaleza extracontractual, las que quedarían sin aptitud para ser objeto de esta garantía.

Sin embargo, estimamos que el argumento literal no resulta lo suficientemente decisivo, pues hay que reconocer que no sería la primera vez que el *Código* ocupa promiscuamente las expresiones 'obligación' o 'contrato' para significar, en definitiva, la obligación que se garantiza (así, p. ej., ocurre en el artículo 2409).

Con todo, la restricción parece avenirse mejor con la doctrina que exige a lo menos cierta determinación en la obligación futura.

[15] La opción de un concepto unitario de obligación futura podría ser combatida. No obstante ser la fianza y la hipoteca contratos accesorios, no puede obviarse la distinta naturaleza jurídica de garantías personales y reales. La eficacia *erga omnes* de estas últimas extiende el grupo de posibles afectados por ellas, pues el constituyente de la garantía no necesariamente será el que sufra las consecuencias económicas de su ejecución. Dado que la hipoteca sigue al inmueble, el propietario del mismo en el momento de ejecución hipotecaria puede ser un sujeto distinto al que ha constituido la garantía. La fianza, por el contrario, en la mayoría de los casos, será soportada por el que la ha constituido inicialmente (o, por lo menos, ha prestado su consentimiento expreso al subrogarse en la posición contractual del fiador originario). Consecuentemente, teniendo en cuenta la facilidad con que puede transferirse el bien hipotecado, no sería contrario al sentido común entender que la constitución de una hipoteca en garantía de obligaciones futuras debiera requerir aún de mayor precisión en la determinación de estas. No ha sido, en todo caso, el camino seguido en nuestro medio.

Actualidad Juridica 36.indd 148 01-09-17 11:59

de aquellas relativas al grado de determinación (mínimo) que exigen respecto de la obligación garantizada.

Como es sabido, la cuestión acerca de si la ley admite o no que se garantice con hipoteca obligaciones indeterminadas ha sido objeto de una vieja (y quizá no acabada) controversia doctrinaria.

En una muy apretada síntesis, para una facción de la doctrina, cuyo más insigne representante es Somarriva, la ley permite se garanticen con hipoteca obligaciones indeterminadas, toda vez que el artículo 2427 contempla expresamente esta situación y, dado que dicho precepto no distingue, ha de entenderse entonces que pueden caucionarse no solo las obligaciones indeterminadas en cuanto a su monto sino, también, las indeterminadas en cuanto a su naturaleza. Agregan, además, que el artículo 2331 faculta para limitar el monto de la responsabilidad hipotecaria, pero no obliga a ello, de lo que coligen que, por regla general, la hipoteca garantizará obligaciones indeterminadas. Además, para Somarriva, la sola autorización contenida en el artículo 2413 para garantizar obligaciones futuras importa la de garantir obligaciones indeterminadas[16].

Para otro sector, cuya figura cimera es la de don José Joaquín Ugarte, la única indeterminación que tolera la ley es la concerniente al monto de la obligación y, dentro de esta, la relativa, es decir, aquella que se presenta cuando, si bien la cantidad es incierta, el mismo acto o contrato fija reglas o contiene datos que servirán para determinarla. Para esta corriente, el objeto del contrato de hipoteca no es el inmueble gravado, sino la garantía hipotecaria, de lo que resulta que la indeterminación de la obligación garantizada vicia de nulidad (absoluta) al contrato de hipoteca[17].

A nuestro juicio, y por los exhaustivos argumentos que expone el citado don José Joaquín Ugarte, que hacemos nuestros, la segunda es la opción correcta.

Bajo el entendimiento de que el objeto del contrato de hipoteca es la obligación garantizada, la posibilidad de indeterminación de la misma que refiere el artículo 2427 y que, según algunos, se desprende también de los artículos 2331 y 2413, puede entenderse de dos maneras:

---

[16] Somarriva (1943), p. 314. A título meramente ilustrativo, participan también de esta postura Riesco (sin año), p. 630 y ss., Langlois Délano (1933), p. 25; y también en nota al fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago (1937) en la causa "Banco de Chile con Toro", tercería "Gárate", publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, p. 49 y ss.; Meza Barros (1966). pp. 186-187 y Vodánovic (1979), p. 140.

[17] Ugarte Godoy (1991), pp. 81-112. Son partidarios también de esta postura Barros Errázuriz (1932), p. 403, Alessandri Rodríguez (1919), pp. 136-137 y Mery Berisso (1958), p. 110-113. Reconoce también el valor de los argumentos que sustentan esta posición Domínguez Águila (2008), pp. 42-43, no obstante que, con la agudeza práctica que lo distingue, tiene una visión bastante desencantada de la posibilidad que en virtud a argumentos jurídicos, pueda modificarse la realidad indesmentible de que la cláusula de garantía general opera habitualmente y sin contrapesos.

Actualidad Juridica 36.indd 149 01-09-17 11:59

a) Que ella constituya, en virtud del principio de especialidad, una verdadera derogación o, a lo menos, una relajación de las reglas contenidas sobre la materia en el artículo 1461.

Esta posibilidad debe rechazarse de plano, por razón evidente: la determinación del objeto es de necesidad absoluta y fluye, más allá de todo texto positivo, de la naturaleza de las cosas y de la existencia misma del vínculo jurídico, pues de este aparece lo que se debe por una parte y lo que la otra podrá, en consecuencia, exigir. Lo contrario constituiría un absurdo[18].

b) Que no exista oposición alguna entre lo dispuesto en los citados artículos 2427, 2431 y 2413 y lo prescrito en el artículo 1461; de manera que los primeros deben entenderse siempre en armonía con el último.

Nos parece ser esta la opción correcta, no solo por razones de índole lógica y sistemática sino por ser la única posible.

Siendo así, nuestro problema se traslada y radica en la interpretación que ha de darse al artículo 1461.

Tradicionalmente, el inciso 2° del artículo 1461 ha sido interpretado con una rigurosidad que bien puede decirse excede la que impone su propio texto, no faltando quienes sostienen que la regla en comento exige que la cantidad sea siempre

> "cierta, exacta, salvo que las reglas o datos contenidos en el mismo acto, permitan establecer esa certidumbre, esa cantidad exacta, con posterioridad"[19].

Sin embargo, al exigir la ley que el acto fije las reglas o "contenga los datos" para determinar el objeto, no dice que esos datos no puedan adicionarse con otros para llegar a la completa determinación del objeto. La ley solo exige que haya datos "que sirvan" para determinarlo, es decir, no exige en parte alguna ser necesario se contengan todos los datos, sino que basta con los que sean suficientes para precisar el objeto[20].

Esta segunda interpretación, más amplia, permite establecer una línea divisoria entre la obligación meramente eventual o probable y las obligaciones futuras *stricto censu*, sin resultar ella de tal modo exigente que, en los hechos, termine impidiendo la fianza o hipoteca de esta última clase de obligaciones. De acuerdo con este criterio, para estar frente a una verdadera obligación fu-

[18] Tan claro es esto que esta opción ni siquiera ha sido planteada por el más audaz de los partidarios de la idea de que son garantizables con hipoteca obligaciones indeterminadas absolutamente. Sabedores que el éxito de su doctrina exige se eluda el reproche que se hará a la validez de tal negocio (por indeterminación del objeto), optan por afirmar que el verdadero objeto de la obligación hipotecaria es el inmueble dado en garantía y no la garantía hipotecaria.

[19] Velasco Letelier (1941), p. 28 y ss.

[20] León Hurtado (1958), p. 34.

Actualidad Juridica 36.indd 150 01-09-17 11:59

tura ella debería resultar, al tiempo de pactar su caución, lo suficientemente previsible a las partes del contrato como para poder prefigurarla, a lo menos, en sus aspectos más esenciales, entendiendo por tales los que satisfacen las exigencias (mínimas) de determinación del artículo 1461 de nuestro *Código Civil*: habrán de poder señalar ya la naturaleza de la o las obligaciones principales que se garantizarán –bastando en este punto, a nuestro entender, una individualización meramente genérica de las mismas– y, en lo tocante a su monto, los términos o contenidos que ha de tener la futura convención y que servirán a su debido tiempo para precisarla, aun cuando ellos deban adicionarse con otros datos para llegar a la completa determinación de la obligación. Consecuencialmente, si las partes no son capaces aun de precisar las obligaciones garantizadas de un modo que satisfaga las exigencias del citado artículo 1461, estaríamos frente a una obligación meramente eventual y, por tanto, no susceptible de ser caucionada y, más aún, ni siquiera apta de constituirse en objeto de acto jurídico alguno.

Creemos que la validez de lo hasta ahora planteado no se desautoriza por el hecho de existir diversa legislación complementaria al *Código Civil* que autoriza la caución con prenda sin desplazamiento de obligaciones futuras, aun cuando ellas no estén determinadas a la fecha del contrato[21]. En todos estos casos se trata de normas de excepción a las que, por lo mismo, no puede darse un alcance general y que, por el contrario, no hacen sino reafirmar el valor de nuestra tesis general contraria a la absoluta indeterminación de la obligación futura.

De lo dicho se desprende que, en nuestro concepto, es la posición planteada bajo el numeral 5, letra c) precedente la que se erige como la buena doctrina en la materia. La obligación futura, para ser considerada por el Derecho, requiere en nuestro medio que exista concreción subjetiva de las partes entre quienes nacerá la obligación y, en el aspecto objetivo, ser determinable, en los términos del artículo 1461.

A modo de conclusión, entonces, podemos definir la obligación futura como aquellas que, no estando sujetas a plazo ni condición suspensiva, son probables, atendido el hecho de existir, a lo menos, un conjunto de circunstancias objetivas referidas a la situación de los eventuales acreedores y deudores, y que permitirán determinarla conforme a Derecho en virtud de un proceso de remisión.

[21] A modo meramente ejemplar, podemos citar entre esta legislación especial a la ley Nº 4287, sobre prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos, y la ley Nº 20.190, cuyo artículo 14 creó un sistema de prenda sin desplazamiento derogó las leyes Nº 4.097, Nº 4.702, Nº 5.687 y Nº 18.112, el artículo 43 del decreto con fuerza de ley N° 164, de 1991, el artículo 15 de la ley N° 19.542, el artículo 3° de la ley N° 19.425, el artículo 62 B del decreto ley N° 1.939, el artículo 16 de la ley N° 19.865 y el artículo 60 de la ley N° 19.712, que regulaban también regímenes de prendas sin desplazamiento.

Actualidad Juridica 36.indd 151 01-09-17 11:59

Bibliografía

Alessandri Rodríguez, Fernando (1919): *La hipoteca en la legislación chilena*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile (Santiago, Universidad de Chile).

Barros Errázuriz, Alfredo (1932): *Curso de Derecho Civil* (Santiago, Nascimento) Vol. iii 2ª parte.

Domínguez Águila, Ramón (2008): "El principio de lo accesorio y la prescripción de las acciones de garantía", en Mauricio Tapia Rodríguez, José Alberto Gaitán Martínez, Daniel Juricic Cerda y otros (directores), *Estudios sobre garantías Reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo i.

Espín Cánovas, Diego (1977): *Manual de Derecho Civil Español*, derechos reales, (Quinta Edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) Vol. ii.

Langlois Délano, Pablo (1933): *La Cláusula de Garantía General Hipotecaria*. (Santiago, Memoria).

Langlois Délano, Pablo (sin año): "Nota al fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 7 de julio de 1937 en la causa "Banco de Chile con Toro" tercería "Gárate", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo N° 34 sección. 2°: p. 49 y ss.

León Hurtado, Avelino (1958): *El Objeto en los actos jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Mery Berisso, Rafael (1958): *Derecho Hipotecario. Estudio de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Meza Barros, Ramón (1966): *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones* (Cuarta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo ii.

Miles Castro, Sergio (2010): *La cláusula de garantía general hipotecaria*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (Santiago, Universidad de Chile).

Riesco, Germán (-): "Nota al fallo de la Corte Suprema de 11 de noviembre de 1929 en la causa "Banco de Chile con González"", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo N° 27 sección 1°: p. 630 y ss.

Sancho Rebullida, Francisco de Asís (1991): en José Luis Lacruz Berdejo (director), *Elementos de Derecho Civil, Derechos Reales, Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad (Segunda Edición, Barcelona*, Editorial Bosch). Tomo iii .Vol. ii.

Somarriva, Manuel (1943): *Tratado de las Cauciones* (Santiago, Editorial Nascimento).

Ugarte Godoy, José Joaquín (1991): "La nulidad de la cláusula de garantía general hipotecaria", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo lxxxviii N° 3, pp. 481-527.

Usinskaite, Alvyda (2011): *Garantía Hipotecaria de obligaciones futuras: Principios clásicos y formas contractuales modernas*, Trabajo fin de Máster en Derecho Privado (Madrid, Universidad Complutense de Madrid)

Actualidad Juridica 36.indd 152 01-09-17 11:59

Velasco Letelier, Eugenio (1941): *El Objeto ante la jurisprudencia*, Memoria de prueba (Santiago).

Vodánovic, Antonio (1979): *Nota en Repertorio de Legislación y Jurisprudencia*, *Código Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo xi.

Jurisprudencia

Corte Suprema (2008): Rol N° 1544-2007, 3 de julio de 2008.

Corte Suprema (2012): Rol N° 6742-2011, 23 de marzo de 2012.

Actualidad Juridica 36.indd 153 01-09-17 11:59

LA INOPONIBILIDAD EN EL EXCESO DE TIEMPO: ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS RESTRICCIONES A LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO CELEBRADOS RESPECTO DE BIENES SUJETOS A ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CHILENO*

THE UNOPONIBILITY IN THE EXCESS OF TIME: CRITICAL ANALYSIS OF THE RESTRICTIONS TO THE LEASE CONTRACTS HELD IN RESPECT OF GOODS SUBJECT TO ADMINISTRATION IN CHILEAN CIVIL LAW

*Emilio José Bécar Labraña***

En memoria de mi maestro,
el profesor de Derecho Civil Nelson Vera Moraga (q.e.p.d.)

Resumen: En el presente trabajo se expone la inoponibilidad de fondo que afecta al exceso del tiempo permitido en un contrato de arrendamiento, que

---

* El presente trabajo constituye una versión corregida de la expuesta por el suscrito en el seminario "Jornadas Preparatorias de Derecho Civil", organizado por el Centro de Estudios Jurídicos Corporación Actio & Iuris (Universidad Católica de la Santísima Concepción), el 26 de septiembre de 2013, en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. El autor agradece a los organizadores del evento la cordial invitación a dicha actividad.

Abreviaturas: CCCh. = *Código Civil de la República de Chile*; CCCol. = *Código Civil de la República de Colombia*; CCFr. = *Código Civil de la República de Francia*; CCom. = *Código de Comercio de la República de Chile*; *Const. Pol.* = *Constitución Política de la República de Chile*; *DH*. = Revista *Derecho y Humanidades* (Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales); *FM*. = *Fallos del Mes* (Santiago de Chile); *GJ*. = *Gaceta Jurídica* (Santiago: Editorial LexisNexis / LegalPublishing); *GT*. = *Gaceta de los Tribunales* (Santiago); *RCHDP*. = *Revista Chilena de Derecho Privado* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales); *RDJ*. = *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile); *RDUCSC*. = *Revista de Derecho* (Concepción: Universidad Católica de la Santísima Concepción, Facultad de Derecho).

** Abogado, Licenciado en Derecho (Universidad Católica de la Santísima Concepción). Profesor adjunto de Derecho Civil (Universidad San Sebastián, campus Concepción). Candida-

Actualidad Juridica 36.indd 155 01-09-17 11:59

existe en el Derecho Civil chileno. Con este propósito, se revisa esta materia en relación con la administración de bienes ajenos en materia de guardas, patria potestad y sociedad conyugal, formulándose, en la conclusión, un juicio crítico sobre su tratamiento legislativo.

Palabras clave: Contratos de arrendamiento – Inoponibilidad – Sociedad conyugal – Patria potestad – Guardas.

Abstract: In this paper, the unconsolidated fund that affects the excess of time allowed in a lease contract, which exists in Chilean Civil Law, is exposed. For this purpose, this subject is reviewed in relation to the administration of foreign assets in the matter of guards, parental authority and conjugal society, formulating in the conclusion a critical judgment on its legislative treatment.

Key words: *Lease contracts – Unoponibility – Marital partnership – Custody – Guards*

* * *

Introducción general

En el Derecho Patrimonial, uno de los denominados *atributos de la personalidad* consiste en el reconocimiento de la *capacidad de goce* respecto de todas las personas naturales o jurídicas. Bajo ese entendido, se trata de una facultad conferida por el solo hecho de tratarse de una persona.

Cosa distinta ocurre con la capacidad de ejercicio, respecto de la cual la ley advierte que no todas las personas gozan de ella. En el entendido de que se trata de la facultad para celebrar actos y contratos por sí sola, cuando una persona no goza de la misma, es preciso que sus actos y contratos sean ejecutados o celebrados por terceros, quienes son investidos por la ley de la condición de *representantes legales*.

De esta manera, las personas, atendida su condición jurídica e, incluso, física, podrán ejecutar actos y celebrar contratos por sí mismas o a través de terceras personas, designadas voluntaria o forzadamente por ellas.

En el primer caso, la persona misma se convierte en el propio guardián de sus intereses, sin perjuicio de exigirse algunos requisitos e, incluso, solemnidades en ciertos casos, atendida la naturaleza del acto o contrato que se encuentran ejecutando o celebrando.

to a Doctor en Derecho de la Universidad de Talca. Dirección Postal: Yungay 136, Cerro David Fuentes, Talcahuano. Correo Postal: 4261258. Correo electrónico: emilio_becar@hotmail.com.

Actualidad Juridica 36.indd 156 01-09-17 11:59

Donde se introducen algunas restricciones importantes es para el caso en que, con bienes que pertenecen a las personas, que son administrados por otros, se ejecuten actos o celebren contratos que involucren una modificación importante de su patrimonio. El mecanismo usualmente empleado consiste en el cumplimiento de formalidades habilitantes como, asimismo, de algunas solemnidades, en ciertos casos.

El fundamento de estas restricciones se encuentra en la necesidad de proteger a aquellas personas cuyos bienes son administrados por otros, frente a las actuaciones negligentes e, incluso, dolosas de sus administradores, a través de las cuales pueda perjudicarse al administrado, mediante su reducción o sujetándolo a cargas que no le significan beneficio alguno.

En el Derecho chileno se contempla una serie de estatutos de administración de bienes que pertenecen a terceras personas. Desde un punto de vista histórico, esos regímenes se podían clasificar, en términos generales, entre la administración de bienes pertenecientes a personas capaces y personas incapaces. Al efecto, y solo considerando el caso de las incapacidades relativas, recordemos que los eran las personas jurídicas y la mujer casada en régimen económico de sociedad conyugal.

A través de sucesivas reformas legislativas, el régimen de incapacidades relativas ha ido sufriendo importantes y sensibles modificaciones. Es así que las personas jurídicas adquirieron plena capacidad. Otro tanto ocurrió con la mujer casada en sociedad conyugal, aunque se mantuvo bajo el control del marido la administración de los bienes propios de la mujer y de los bienes sociales. Las reglas sobre administración de los bienes de los hijos sujetos a patria potestad han sido modificadas en forma secundaria, siendo lo principal la importante modificación del sistema de filiación.

En virtud de estas reformas, la dicotomía de la administración permanece, distinguiéndose entre las personas capaces de las incapaces. Sin embargo, profundas reformas se han sucedido en lo que se refiere a quiénes son incapaces ante la ley para contratar por sí mismas. Sin embargo, entendemos que estas reformas se han hecho sin grandes consideraciones a las brechas que se han creado entre la tutela brindada a la administración en la sociedad conyugal y la patria potestad. Es por ello que, a pesar del propósito perseguido con esas reformas, idénticas situaciones de hecho que justificaron las reformas a la administración en la sociedad conyugal podrían ocurrir con la administración en la patria potestad y las guardas. Si esto es efectivo, y existe la misma razón, ¿por qué no se procedió a modificar esos regímenes? Los casos existen, y quizá el ejemplo más paradigmático tiene relación con la exigencia de autorización de la mujer o la judicial en subsidio para la promesa de enajenación o gravamen de bienes raíces, que existe en la sociedad conyugal, pero que no se ha replicado para los restantes regímenes de administración propios de las personas incapaces. El sistema contractual proteccionista que hemos presentado se caracteriza, en algunos aspectos, por su fuerte inconsistencia con un mayor deber de tutela de las personas incapaces.

Actualidad Juridica 36.indd 157 01-09-17 11:59

Resulta de interés analizar cómo se desenvuelve un caso especial de restricciones, con el propósito de exponer no solamente algunas de esas inconsistencias y asimetrías que se presentan, el que viene a su turno acompañado de un régimen sancionatorio particular y que tiende a un análisis más bien pobre.

El régimen contractual bajo análisis se refiere a los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles que se pactan "a largo plazo" (I). Expuesto dicho régimen, centraremos el análisis en el régimen sancionatorio especialmente previsto, denominado "inoponibilidad en el exceso de tiempo" (II).

I. Las restricciones a los contratos de arrendamiento en el sistema de administración de bienes de terceras personas

Como primer acercamiento al objeto de nuestro estudio, veremos cómo se han consagrado las restricciones a la celebración de los contratos de arrendamiento a través de los principales estatutos de administración de bienes pertenecientes a personas incapaces y el particular caso de la sociedad conyugal (A).

Presentadas individualmente estas normas, se ofrecerá un análisis comparativo (B). En este caso, podrá apreciarse qué tan diferentes son estos regímenes contractuales.

A. Presentación

El tratamiento del contrato de arrendamiento celebrado por los administradores de bienes ajenos se compone de una norma general de referencia (§ 1), a partir de la cual se desenvuelven cada uno de los estatutos especiales (§ 2).

§ 1. Marco de referencia

Las normas que vienen a consagrar una regla marco para todos los contratos de arrendamiento se encuentran en materia civil (1.1) y procesal civil (1.2).

1.1. En el *Código Civil*

Un análisis del régimen de condiciones de validez que se aplica a los contratos de arrendamiento permite apreciar que su celebración por personas incapaces deberá sujetarse a las disposiciones asignadas para sus respectivos estatutos.

Según se advierte en el art. 1969 del *CCCh.*:

> "Los arrendamientos hechos por tutores o curadores, por el padre o madre como administradores de los bienes del hijo, o por el marido o la mujer como administradores de los bienes sociales y del otro cónyuge, se sujetarán (relativamente a su duración después de terminada la tutela

Actualidad Juridica 36.indd 158 01-09-17 11:59

> o curaduría, o la administración paterna o materna, o la administración de la sociedad conyugal), a los artículos 407, 1749, 1756 y 1761".

Como podrá observarse de este precepto legal, la solución a la regla general en materia de capacidad, y la situación en que se encuentran las personas incapaces, deberá encontrarse en las distintas normas que se contemplan para las personas cuyos patrimonios son administrados por otras.

Vemos que se trata, entonces, de una *norma de naturaleza remisora*, que no contiene directamente la solución para la materia. Solo viene en conectar y reseñar cuáles son las normas específicas que se refieren a la validez del contrato de arrendamiento en cada una de las situaciones que se mencionan.

Una segunda observación que emana de esta norma tiene relación con las *materias a que alude*. Como se aprecia, se trata de una norma referida a la administración de bienes ajenos, por concepto de sociedad conyugal, de patria potestad y de guardas.

En tercer lugar, tenemos que la remisión tiene como propósito tratar la situación en que se encuentran los contratos de arrendamiento, una vez que se verifica la terminación de la administración que hace el tercero.

Esto se aprecia claramente en su redacción, cuando se anota entre paréntesis por el legislador

> "(relativamente a su duración después de terminada la tutela o curaduría, o la administración paterna o materna, o la administración de la sociedad conyugal)".

Las normas que a continuación cita tienen relación con la vigencia del contrato de arrendamiento tras la conclusión de la administración.

1.2. En el *Código de Procedimiento Civil*

Otro estatuto general en el cual se insertan reglas sobre los contratos de arrendamiento se encuentra dentro de los procedimientos voluntarios especiales. En particular, debe traerse a colación el Tít. X del Lib. IV del *CPC*., denominado "De la autorización judicial para enajenar, gravar o dar en arrendamiento por largo tiempo bienes de incapaces, o para obligar a estos como fiadores", y que se compone del único art. 891.

Esta sola disposición tiene como propósito establecer cuáles son las condiciones en virtud de las cuales deberá prestarse la autorización requerida. No se contemplan disposiciones referidas a un procedimiento especial de autorización, de manera que su tramitación debe hacerse conforme a las reglas generales de los procedimientos voluntarios, que es el que se contiene en el Tít. I del Lib. IV del *CPC*.

De acuerdo con el inc. 1° del art. 891 del *CPC*.:

> "Cuando deba obtenerse autorización judicial para obligar como fiador a un incapaz, o para enajenar, gravar con hipoteca, censo o servidumbre, o

Actualidad Juridica 36.indd 159 01-09-17 11:59

> para dar en arrendamiento sus bienes, se expresarán las causas o razones que exijan o legitimen estas medidas, acompañando los documentos necesarios u ofreciendo información sumaria para acreditarlos".

Este precepto, se aplica "cuando deba obtenerse autorización judicial [...], o para dar en arrendamiento sus bienes", caso en el cual

> "se expresarán las causas o razones que exijan o legitimen estas medidas, acompañando los documentos necesarios u ofreciendo información sumaria para acreditarlos".

Alude a las condiciones en que debería ser concedida la autorización judicial para proceder a la celebración de un contrato de arrendamiento de bienes pertenecientes a personas incapaces, considerándola como una gestión no contenciosa o voluntaria.

Finalmente, insistiremos que este precepto legal adopta una regla de naturaleza proteccionista del interés de las personas incapaces[1].

§ 2. Regímenes de administración

Habiéndose descifrado que el marco común presente en los contratos de arrendamiento de bienes sujetos a administración ha renunciado en consagrar una regla general, y entendiendo que el problema se resuelve conforme a las reglas especiales, veremos lo que ocurre en la sociedad conyugal (2.1), en la patria potestad (2.2) y en las guardas (2.3).

2.1. En la sociedad conyugal

Las limitaciones a la administración de los bienes de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal han sufrido importantes alteraciones, tanto en el propio fundamento como en su extensión.

Es necesario destacar que existe un sistema diferenciado en la materia, según se trata de la administración ordinaria (a) y de la administración extraordinaria (b).

(a) Administración ordinaria

A partir del año 1989, el régimen de administración ordinaria de la sociedad conyugal convive bajo dos circunstancias particulares, cuales son las de haberse eliminado la incapacidad relativa que pesaba sobre la mujer y que justificaba que el marido estuviese a cargo de la administración, ostentando el título de representante legal, y que, pese a elevarse a la condición de plenamente capaz, el marido siga bajo la administración.

Respecto del contrato de arrendamiento, el legislador vino en consagrar tres escenarios diversos, dos de los cuales se refieren al marido quien celebra

[1] Riquelme (2010), p. 279.

Actualidad Juridica 36.indd 160 01-09-17 11:59

un contrato de arrendamiento (i), y el tercero en que es la misma mujer quien pretende celebrar dichos contratos (ii).

(i) Arriendos celebrados por el marido

En primer lugar, se verá la situación del contrato de arrendamiento que celebra el marido respecto de *bienes sociales*. Dice el inc. 4° del art. 1749 del CCC*h*.

> "No podrá tampoco, sin dicha autorización, disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso del artículo 1735, ni dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales urbanos por más de cinco años, ni los rústicos por más de ocho, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido".

Si se analiza la estructura de la norma y, aunque viene en consagrarse en términos negativos, tiene la naturaleza de ser imperativa. Ello, porque aparenta prohibir algo ("no podrá tampoco [...] ni dar en arriendo..."), en rigor supedita la celebración tanto del contrato de arriendo como de cualquiera que suponga "la tenencia" de los bienes que indica (*v. gr.*, comodato, depósito) al cumplimiento de un requisito normativo ("sin dicha autorización"). En consecuencia, se trata de una *norma imperativa*; se permite la celebración del contrato de mera tenencia, cumpliendo el requisito previsto por la ley.

La norma se refiere al caso de contratos de arrendamiento que afectan a los bienes raíces sociales, sean urbanos o rústicos, como, asimismo, a los contratos que supongan la cesión de la tenencia de un inmueble. No se aplica la restricción tratándose del arrendamiento o cesión de la tenencia de bienes muebles, caso en el cual el marido puede arrendarlos, incluso, a largo plazo, según se explicará. Cabe recordar que las normas que instauran requisitos o limitaciones deben ser interpretadas de manera estricta, aplicables únicamente a los casos respecto de los cuales se contempla.

La restricción no se aplica a la generalidad de los casos de contratos de arrendamiento o de cesión de la tenencia. El supuesto de hecho por el cual se requiere la autorización de la mujer se refiere al pacto de un contrato por un plazo superior a cinco u ocho años, según se trate de un inmueble urbano o rústico, respectivamente. En consecuencia, si el contrato se pacta a un menor plazo que los señalados, no se requiere la autorización de la mujer.

Como una manera de evitar que los propósitos dispuestos por la ley se vieren comprometidos, es que se determinó que a la restricción quedan sujetos los contratos con inclusión de las prórrogas que se hubieren pactado. Se trata del caso que el contrato sea fijado para durar en un plazo inferior al máximo legal en que no se requiere autorización, pero se inserta una cláusula de prórroga que determina que, en total, se exceda del plazo máximo. En tal caso, deberá obtenerse la autorización de la mujer.

Actualidad Juridica 36.indd 161 01-09-17 11:59

En segundo lugar, se plantea una regla similar respecto de los *bienes propios de la mujer*, respecto de los cuales recae también la administración del marido. Dice el art. 1756 del CCC*h*.:

> "Sin autorización de la mujer, el marido no podrá dar en arriendo o ceder la tenencia de los predios rústicos de ella por más de ocho años, ni de los urbanos por más de cinco, incluidas las prórrogas que hubiere pactado el marido. Es aplicable a este caso lo dispuesto en los incisos 7° y 8° del artículo 1749".

Aunque se trata de otro conjunto de bienes, que son los propios de la mujer, lo cierto es que la estructura normativa que se emplea es exactamente la misma que en el caso de los arrendamientos o cesión de la tenencia de inmuebles sociales. Por lo mismo, se utiliza el idéntico sistema de no requerirse autorización de la mujer para celebrar contratos que no excedan del plazo previsto por la ley. Solo se contempla cuando se trata de pactar un plazo superior, que sigue distinguiendo, y por los mismos tiempos, según se trate de inmuebles urbanos o rústicos. La restricción no se aplica a los bienes muebles.

El perfil que se asigna a la limitación sigue siendo la propia de una norma imperativa, toda vez que si se desea celebrar un arrendamiento por un plazo superior, se requiere la autorización de la mujer.

De la misma manera, rige el impedimento del exceso cuando interviene la estipulación de un plazo.

Establecido el supuesto normativo, el legislador vino en consagrar una sanción para el caso de su contravención. Dice el art. 1757 del CCC*h*., en sus incs. 1° y 2°:

> "Los actos ejecutados sin cumplir con los requisitos prescritos en los artículos 1749, 1754 y 1755 adolecerán de nulidad relativa. En el caso del arrendamiento o de la cesión de la tenencia, el contrato regirá sólo por el tiempo señalado en los artículos 1749 y 1756. La nulidad o inoponibilidad anteriores podrán hacerlas valer la mujer, sus herederos o cesionarios".

(ii) Arriendos celebrados por la mujer

La administración ordinaria de la sociedad corresponde al marido, de manera que la mujer no debería contar con intervención en la administración de los bienes, tanto los sociales como los propios.

Esta premisa viene a ser asegurada, preliminarmente, por el esfuerzo que asume el legislador para evitar que la administración quede exteriormente distribuida entre los cónyuges. Así, por ejemplo, es que se entiende que se mire respecto de todo tercero, que los bienes sociales se presuman de dominio del marido, como si formasen un solo patrimonio con los bienes propios de este. Y también en el mismo sentido es que se viene en precisar

Actualidad Juridica 36.indd 162 01-09-17 11:59

que, en principio, la mujer por sí sola "no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad" (*cfr*. CCC*h*., art. 1752).

De esta manera, y en virtud de corresponder la administración ordinaria de la sociedad conyugal al marido y, no obstante su plena capacidad, respecto de los bienes sociales no tendrá derecho a celebrar contrato de arrendamiento alguno respecto de los bienes sociales.

Es por ello que se entienda la falta de existencia de preceptos legales que traten de los contratos de arrendamientos celebrados respecto de esta clase de bienes.

Si esta afirmación fuese efectiva, debería replicarse respecto de la administración de los bienes propios de la mujer. Sin embargo, el legislador introdujo una regla particular, que abre una ventana para la contratación de arrendamientos, en que una de las parte será la mujer, y dicho contrato recaerá sobre los bienes propios de esta última.

Indica el inc. 2° del art. 1754 del CCC*h*.:

> "La mujer, por su parte, no podrá enajenar o gravar ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, sino en los casos de los artículos 138 y 138 bis".

La norma aparenta jugar con una prohibición ("la mujer, por su parte, no podrá [...] ni dar en arrendamiento o ceder la tenencia..."), que debería entenderse compatible con la disposición abordada respecto de los bienes sociales y de los bienes propios de la mujer. Sin embargo, tal prohibición no es tal. La ley permite que la mujer pueda celebrar contratos de arrendamiento respecto de sus bienes propios, siempre y cuando se cumplan algunas de las condiciones especiales previstas en los arts. 138 (autorización judicial para impedimentos transitorios) y 138 bis (negativa injustificada del marido a celebrar un contrato) del C*ódigo Civil*.

En consecuencia, la norma es imperativa. Se permite la celebración del contrato de arrendamiento, mediante autorización judicial, cumpliéndose los supuestos de hecho que exigen estos preceptos legales. No es una norma prohibitiva.

Finalmente, cabe destacar que la autorización se requiere para celebrar toda clase de contratos de arrendamiento, sin distinguir la naturaleza de los bienes, ni mucho menos si el contrato es de duración definida (y en este caso, tampoco se fijaron máximos de tiempo) o indefinida.

Estas restricciones no se requieren cuando los bienes respecto de los cuales la mujer celebra contratos de arrendamiento, son aquellos comprendidos dentro de su patrimonio reservado, caso en el cual obra con plena capacidad, como si estuviese separada de bienes respecto de su marido (*cfr*. CCC*h*., art. 150).

Actualidad Juridica 36.indd 163 01-09-17 11:59

(b) Administración extraordinaria

En este escenario, es la mujer quien detenta la administración de la sociedad conyugal, en virtud de alguna de las contingencias que impiden al marido tomar el control de esa administración.

Cuando la mujer toma la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, las restricciones pesan respecto de los bienes sociales y los bienes propios del marido. Los bienes propios de la mujer no quedan sujetos dentro de la administración.

En consecuencia, corresponde analizar de qué manera se desenvuelven las limitaciones a los contratos de arrendamiento que se celebren bajo esta administración extraordinaria, según se trate de los bienes sociales (i) y propios del marido (ii).

(i) Arriendo de bienes sociales

Tratándose del arrendamiento de *inmuebles sociales*, se aplica lo dispuesto en el inc. 1° del art. 1761 del CCC*h.*, donde se indica:

> "La mujer administradora podrá dar en arriendo los inmuebles sociales o ceder su tenencia, y el marido o sus herederos estarán obligados al cumplimiento de lo pactado por un espacio de tiempo que no pase de los límites señalados en el inciso 4° del artículo 1749".

La primera distinción que formula el legislador en el régimen de administración extraordinaria tiene relación con la celebración de contratos de arrendamiento respecto de bienes inmuebles sociales. A partir de la consagración de un "puente normativo", que supone la remisión al art. 1749 del CCC*h.*, en lo que tiene relación con que el contrato no exceda de los plazos previstos para los inmuebles urbanos y rústicos, se determina la validez inicial de dichos contratos, y sin necesidad de requerir una autorización judicial subsidiaria, según se verá a continuación.

El mismo artículo viene en consagrar una habilitación especial, según puede leerse en su inc. 2°:

> "Este arrendamiento o cesión, sin embargo, podrá durar más tiempo, si la mujer, para estipularlo así, hubiere sido especialmente autorizada por la justicia, previa información de utilidad".

En este caso, se ha optado por recurrir directamente a la autorización judicial para contratos que excedan de los límites legales, precisamente por la imposibilidad en que se encuentra la mujer para obtenerla de su marido, quien se encuentra en un estado de imposibilidad, derivado de la privación de su voluntad o su ausencia.

Actualidad Juridica 36.indd 164 01-09-17 11:59

(ii) Arriendo de bienes propios del marido

Respecto de los contratos de arrendamiento que recaen sobre *bienes propios del marido*, se aplica lo dispuesto en el inc. 7° del art. 1759 del CCCh.: "En la administración de los bienes propios del marido, se aplicarán las normas de las curadurías".

Respecto de los bienes propios del marido, se introduce una fuerte separación, si se compara con la situación de los bienes sociales. Aquí, el legislador ha optado por acudir directamente a las reglas sobre curadurías, las que veremos aparentan ser las reglas generales en la materia. Esto, por lo que se verá que ocurre con la patria potestad.

2.2. En la patria potestad

Otro caso en el cual se construye un régimen de restricciones a la administración, pero ya dentro del elenco de personas incapaces, es el derivado de la patria potestad. Por el mismo, se plantea el caso que el padre de familia quiera arrendar un inmueble que pertenece a su hijo.

De acuerdo con el art. 255 del CCC*h*.:

> "No se podrá hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores"[2].

Vemos que esta norma establece un conjunto de actos y contratos que parecen sujetarse a restricciones que son dispuestas más bien en otro estatuto normativo diverso, cual es el régimen de la administración que hacen los tutores y curadores[3].

[2] Este precepto constituye el texto vigente, dispuesto a partir de la ley N° 19.585, Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación (*DO*. 26.10.1998), artículo 1°, N° 24. disponible en www.puentemediacion.cl/home/pdf/LEY_FILIACION.pdf. [fecha de consulta: 27 de abril de 2011].

Contenida inicialmente en el art. 256 del CCC*h*., decía: "No podrá el padre hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores".

De acuerdo con la doctrina, esta clase de precepto constituía una reminiscencia de la regla general establecida en el *Pyto. 1853*, de acuerdo con la cual el padre administraba los bienes del hijo con las mismas facultades que los tutores y curadores. Tal regla no se conservó en el texto definitivo, y en su lugar se dictaron una serie de reglas específicas de restricción a la administración de los bienes. Somarriva (sin año), p. 471.

[3] Hablando en términos penalistas, se trata de una "ley en blanco", toda vez que su régimen sancionatorio se encuentra en otra ley.

Actualidad Juridica 36.indd 165 01-09-17 11:59

2.3. En las guardas

De una manera análoga a lo que ocurre con el padre de familia en la patria potestad, el rol que se asigna al tutor o curador es de

> "representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan, y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones" (CCC*h.*, art. 390).

El tutor o curador se ve igualmente inmerso en un conjunto de disposiciones que tienden a limitar las facultades con que administra los bienes de su pupilo, pero debemos igualmente concluir que la ausencia de una restricción general deriva en la admisión de la plena capacidad para la administración[4].

Dentro de las restricciones particulares, se encuentra el art. 407 del CCC*h.*, que dice:

> "No podrá el tutor o curador dar en arriendo ninguna parte de los predios rústicos del pupilo por más de ocho años, ni de los urbanos por más de cinco, ni por más números de años que los que falten al pupilo para llegar a los dieciocho. "Si lo hiciere no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo o para el que le suceda en el dominio del predio, por el tiempo que excediere de los límites aquí señalados".

B. Comparación

A partir de la presentación de las normas anteriormente citadas, procederemos a destacar sus aspectos comunes (§ 1), como, asimismo, a señalar las diferencias existentes entre unas y otras (§ 2).

§ 1. Aspectos comunes

Del tenor de las disposiciones legales citadas, surge que ellas no se aplican a toda clase de contratos de arrendamiento (1.1), en las que atendida la clase de bienes respecto de los cuales versan (1.2), se limita su duración (1.3).

1.1. Carácter limitado de las restricciones

Una lectura de los artículos 1969, 255 y 407 del CCC*h.* permite concluir que el administrador tiene una serie de restricciones, pero que se aplican a *cierto grupo de contratos de arrendamiento*.

Esta lectura se autoriza por la misma redacción que contempla el *Código de Procedimiento Civil*, porque razona de manera hipotética ("C*uando*

[4] Para la descripción del establecimiento del criterio general sobre la administración de los bienes del hijo sujeto a patria potestad, puede consultarse Claro Solar (1979), pp. 301-304.

Actualidad Juridica 36.indd 166 01-09-17 11:59

deba obtenerse autorización judicial para [...] dar en arrendamiento sus bienes").

De esta manera, tenemos que, bajo la lógica del inc. 1° del art. 891 del *Código de Procedimiento Civil*, hay casos de contratos de arrendamiento para los cuales no deberá obtenerse autorización judicial.

Dadas las características que surgen del análisis de las normas comprometidas, podremos apreciar que el administrador se encuentra habilitado, en manera estricta y definida, a la celebración de ciertos contratos de arrendamiento.

1.2. Bienes sobre los que recae el contrato de arrendamiento

Las restricciones que hemos advertido que pesan sobre los contratos de arrendamiento no se refieren en general a toda clase de bienes, sino que *versan sobre los bienes raíces*.

De acuerdo con la redacción que ofrece el art. 407 del CCC*h*., la norma se aplica únicamente a los contratos de arrendamiento de "bienes raíces", siendo estos últimos el objeto de definición legal (CCC*h*., art. 568).

Se excluyen de esta restricción los bienes muebles, en atención a que, si bien tal precisión no se hace por el art. 255 del CCC*h*., sí se hace en el art. 407 del CCC*h*.[5].

No existe disposición que restrinja la contratación sobre bienes muebles, de manera que su celebración puede ejecutarse sin necesidad de requerirse autorización judicial.

Con todo, debe precisarse que bajo este concepto podemos comprender no solamente a los bienes corporales sino, también, a los bienes incorporales (CCCh., arts. 565 y 580).

De esta manera, los contratos de arrendamiento que versen sobre derechos reales o personales que se ejercen sobre bienes inmuebles se rigen por este precepto. Hay que considerar que no solamente los derechos (reales o personales) pueden adquirir el carácter de muebles o inmuebles; también las acciones admiten esa clasificación (CCCh., art. 580).

Respecto de los bienes inmuebles, se introduce una distinción importante, según si el contrato recae sobre bienes "urbanos" o "rústicos".

[5] En este sentido: Claro Solar (1979), p. 311, y justificando la voluntad del legislador: "La ley no ha creído necesario, seguramente, considerar el arrendamiento de bienes muebles, porque no entra en la práctica efectuar este contrato sino por tiempo limitadísimo".

Destacando que la regla se refiere únicamente a los bienes raíces, afirma el profesor Ramón Meza Barros: "La limitación rige para los bienes raíces. Los bienes muebles pueden arrendarse sin limitaciones. En la práctica, no se da el caso de arrendamientos a largo plazo de bienes muebles". Meza Barros (1999), p. 74.

Actualidad Juridica 36.indd 167 01-09-17 11:59

Los conceptos utilizados por este precepto podrían dar a entender que el criterio de distinción entre uno y otro, pasa por el papel económico que desempeña el inmueble. Bajo este criterio, sería rústico un inmueble que se destina a fines agrícolas, ganaderos o forestales; urbanos, aquellos que no se destinan a esos efectos, y más bien se trataría de inmuebles destinados a efectos habitacionales, industriales o de empresa.

Con todo, cabe destacar que en materia de arrendamiento existen dos estatutos especiales, aplicables a los arrendamientos de "bienes raíces urbanos" (ley N° 18.101, fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos, *DO*. 29.1.1982) y a "bienes raíces rústicos" (DL N° 993, disposiciones especiales sobre arrendamiento de predios rústicos, mediérías o aparcerías y otras formas de explotación por terceros, *DO*. 24.4.1975), y debe precisarse que cada uno de estos preceptos legales viene a definir qué entiende por tales[6].

Nos parece que la conceptualización para estos bienes deberá ser las que contienen estas leyes especiales, en vez de proceder directamente por el sentido común de estas palabras[7].

[6] El principal estatuto en materia de arrendamiento de bienes raíces urbanos lo constituye la ley N° 18.101, fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos (*DO*. 29.1.1982), cuyas disposiciones están llamadas a regir los contratos de arrendamiento de bienes raíces ubicados dentro del radio urbano (salvo aquellos indicados en el art. 2°) y de viviendas situadas fuera del radio urbano, aunque incluyan terreno, en la medida que su superficie no exceda de una hectárea (art. 1°).

Respecto del arrendamiento de bienes rústicos debe tenerse en cuenta el *DL* N° 993, disposiciones especiales sobre arrendamiento de predios rústicos, mediérías o aparcerías y otras formas de explotación por terceros (*DO*. 24.4.1975). En cuanto a su ámbito de aplicación, indica que por "predio rústico" se entiende "el definido como tal por la ley N° 16.640" y agregando que quedaban fuera de su aplicación los arrendamientos de predios rústicos que estén ubicados en áreas urbanas y que tengan una cabida superior a una hectárea física (art. 1.° inc. 2°).

La ley N° 16.640, de Reforma Agraria (*DO*. 28.7.1967) definía al "predio rústico" como "todo inmueble susceptible de uso agrícola, ganadero o forestal, esté comprendido en zonas rurales o urbanas" (art. 1° letra a). Una recopilación del estatuto existente en materia de Reforma Agraria puede consultarse en Vodanovic, Esquive e Yrarrázaval (1967); Instituto de Capacitación e Investigación en Reforma Agraria. Departamento de Derecho y Legislación Agrarios (1968).

Empero, esta legislación fue completamente derogada por la letra a) del art. 40 de la ley N° 18.755 (*DO*. 7.1.1989), de manera que el DL. se encuentra tácitamente derogado en cuanto a esta definición y la definición deberá ser obtenida mediante contraste, es decir, en referencia al ámbito de aplicación de la ley N.° 18.101 relativa al arrendamiento de predios urbanos.

[7] Algunos autores estiman que las nociones de "predio urbano" y "predio rústico" deben entenderse como "aquel cuyo destino es la habitación" y "aquel que está destinado al cultivo agrícola". En este último sentido: Troncoso (1991), p. 111. Vera Moraga (2007).

Por nuestra parte, discrepamos de esta interpretación, por las razones expuestas en el cuerpo del presente trabajo.

Actualidad Juridica 36.indd 168 01-09-17 11:59

1.3. Duración del contrato de arrendamiento

No todos los contratos de arrendamiento se verán sujetos a las restricciones dispuestas por el art. 407 del CCC*h*. Ya hemos visto que se aplicará a los contratos de arrendamiento de "bienes raíces".

Pero este precepto legal contiene una segunda restricción. Solamente podrán aplicarse a los contratos de arrendamiento "de largo tiempo". Luego veremos que estos contratos, a su turno, se ven sujetos a una sanción cuando transcurre un tiempo específico.

De esta manera, y en cuanto no exceda de los tiempos indicados, el padre de familia (y el guardador, en su caso) tienen plena libertad para arrendar los bienes raíces del hijo (o pupilo, en su caso)[8]. Por ello, el carácter prohibitivo de esta regla debe comprenderse dentro de sus justos términos.

El *Código* no se encarga de precisar qué es un contrato "de largo tiempo".

Un juego dialéctico de esta disposición permitiría establecer las nociones "arrendamiento de largo tiempo / arrendamiento de corto tiempo", recordando que el concepto "corto tiempo" no es extraño al codificador, el cual utiliza a propósito del régimen de prescripción extintiva (CCC*h*., Lib. IV, Tít. XLII, § 4. de ciertas acciones que prescriben en corto tiempo, arts. 2521 a 2524).

El primer reflejo podría ser recurrir a la definición de este concepto según su sentido natural y obvio (CCC*h*., art. 20)[9], de manera tal que pasaría a decidirse por el juez cuándo un contrato de arrendamiento puede ser considerado de "largo tiempo"[10].

Sin embargo, la solución parece encontrarse en un régimen diverso al de la administración de bienes en la patria potestad. En efecto, los arts. 1969 y 255 del CCC*h*. permiten concluir que el régimen sancionatorio aplicable a esos contratos no se encuentra en el régimen de patria potestad, sino que en el de las tutelas y curadurías. Tal parece ser que la conceptualización debería encontrarse a propósito de este último estatuto normativo.

Cuando centramos nuestra atención en el art. 407 del *Código Civil*, aparece la aplicación de un régimen sancionatorio cuando el contrato de arrendamiento "excede" de un determinado tiempo.

Bajo estos respectos, si se aplica una interpretación armónica entre los arts. 1969, 255 y 407 del CCC*h*., permite concluir que la noción "largo plazo" ha sido objeto de una definición legal, de manera que deberá asignársele esa definición legal (CCC*h*., art. 20).

---

[8] SOMARRIVA (1983), p. 676.

[9] CCC*h*., art. 20: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

[10] Tempranamente, algunos comentaristas de nuestro *Código Civil* acusaban la falta de suficiente claridad en el precepto en estudio; punto controvertido por los autores. El debate, puede consultarse en CLARO SOLAR (1979), p. 310.

Actualidad Juridica 36.indd 169 01-09-17 11:59

Una lectura de las disposiciones en juego podría derivar en el siguiente razonamiento: que es de largo tiempo un contrato de arrendamiento que exceda los cinco y ocho años, según se trate de bienes raíces urbanos y rústicos, respectivamente. Así procede la doctrina[11].

Como podrá advertirse, la definición para este concepto únicamente podría justificarse porque el régimen de patria potestad admite su complementación por las reglas de tutelas y curadurías, de manera tal que el tiempo que debería transcurrir es necesariamente el que dicho régimen indica.

Pero a estos casos debería agregarse, a nuestro juicio, la estipulación de un contrato de arrendamiento que, si bien no excede los plazos mencionados, sí es capaz de durar más allá del tiempo en que el adolescente cumpla la mayoría de edad, caso en el cual también debería considerársele "de largo tiempo". En este sentido, podría tratarse de un arrendamiento de duración de dos años, pero en el cual antes que se cumpla el primer año el adolescente haya cumplido los dieciocho años[12].

§ 2. Diferencias

No obstante el propósito que ha asumido la legislación, que es el de impedir los contratos de arrendamiento, la metodología empleada en cada uno de los regímenes ha sido distinta. Existe preliminarmente la carencia de unidad sistemática en el tratamiento de la validez de los arrendamientos de largo tiempo.

Para ser más precisos, se acusa la existencia de dos modelos de solución. El primero de ellos, consiste de un sistema imperativo, cual es de permitir los arrendamientos a plazo excesivo, pero cumpliendo habilitaciones especiales (2.1).

El segundo es propiamente prohibitivo, no se permite la celebración de esta clase de contratos (2.2).

2.1. Las restricciones concebidas como normas prohibitivas

Una fórmula que se ofrece para la solución de controversias normativas, dice relación con abordar el problema de la "naturaleza jurídica" de algo. De esta manera, a partir de una comprensión acerca de la esencia de algo, se orienta su análisis y las consecuencias se extraen de dicha evaluación[13].

---

[11] Claro Solar (1979), p. 310; Gómez (1945), p. 23; Ramos Pazos (2000), p. 439; Rossel (1986), p. 330.

[12] Bajo la antigua redacción, era del mismo entender: Claro Solar (1979), p. 310.

Hace mención de todos estos supuestos en que la duración del contrato es excesiva: Barros Errázuriz (1931), p. 350; Meza Barros (1995), p. 74.

[13] En todo, el modelo de análisis que impera en nuestra doctrina es sumamente criticable, a la luz de consideraciones de la Filosofía del Derecho. A modo de ejemplo, es útil el análisis crítico de Quintero (2010), pp. 17-27.

Actualidad Juridica 36.indd 170 01-09-17 11:59

Lo que se discute es el carácter de la norma referida a la habilitación o prohibición para celebrar contratos de arrendamiento de bienes pertenecientes a menores sujetos a patria potestad (y de personas sujetas a guardas, en general).

La norma, en este punto, se redacta en términos prohibitivos, porque impide inicialmente la celebración del contrato de arrendamiento que tenga esa extensión de años, bajo todo respecto y circunstancia[14].

A diferencia de la situación prevista para los actos y contratos que involucran una "enajenación", en los cuales permite su celebración con autorización judicial previa, la celebración de contratos de arrendamiento de largo tiempo no requiere de esa autorización. Se prohíbe a los contratantes pactar dicho contrato más allá del tiempo de tolera.

Como se ha señalado, la norma en análisis no establece excepciones de ningún tipo. Tampoco se contempla, como en el caso anterior, la incorporación de una autorización judicial supletoria para la realización de este acto[15].

Es necesario formular una comparación entre los arts. 256 del CCC*h*. y 891 del *CPC*.

Este último precepto legal opera bajo la lógica de requerir una autorización judicial para la celebración de un contrato de arrendamiento

> "Cuando deba obtenerse autorización judicial [...], o para dar en arrendamiento sus bienes, se expresarán las causas o razones que exijan o legitimen estas medidas, acompañando los documentos necesarios u ofreciendo información sumaria para acreditarlos".

Como se leerá, este precepto legal reconoce, de su tenor literal, la existencia de algunos casos para los cuales se requiere autorización judicial y otros en los cuales no será necesaria esta autorización judicial. Es por ello que puede colegirse que la norma en análisis no se refiere a la totalidad de las situaciones, caso en el cual habría hecho uso de la palabra 'siempre', en vez de 'cuando', que denota la existencia de casos en los que no se aplica lo que allí se menciona.

La situación que determina la procedencia o no de esta autorización judicial, y que justifica el vocablo en referencia, es la celebración de un contrato de arrendamiento sobre bienes que pertenecen a un "incapaz", según se aprecia del epígrafe del Tít. X del Lib. IV del *CPC*., cual es

> "De la autorización judicial para enajenar, gravar o dar en arrendamiento por largo tiempo *bienes de incapaces*, o para obligar a estos como fiadores".

[14] Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998), p. 216; Ducci (1980), p. 71; Escobar (1998), voz 'guardas', p. 120. Fueyo (1959), p. 672; Troncoso (1991), p. 222.

[15] Fueyo (1959), p. 393.

Actualidad Juridica 36.indd 171 01-09-17 11:59

De esta manera, la imposición de la autorización judicial quedaría condicionada, en los términos de este precepto legal, a los contratos de arrendamiento de bienes que pertenecen a personas incapaces. Así, la autorización se hace impertinente cuando se trataba del arriendo de personas capaces.

Además del estado de incapacidad, la ley plantea la necesidad de una autorización judicial respecto de contratos de arrendamiento de bienes de personas incapaces que tienen el carácter de ser "de largo tiempo".

Con ello se crea un segundo ámbito de restricción a la autorización judicial, porque se trata de contratos de arrendamiento celebrados sobre bienes de personas incapaces, pero que se trate de contratos de arriendo "de corto tiempo", caso en el cual se prescindirá de dicha autorización.

Pero es factible que pudiera existir una circunstancia adicional que determine la distinción entre los casos, a más del estado de incapacidad del titular de la especie arrendada. Esta lectura puede extraerse de la base del inc. 1° del art. 891 del *CPC*., por la expresión "cuando deba obtenerse autorización judicial", pero también puede extraerse de forma implícita de este precepto legal. Es así que esta norma supone la existencia de un régimen jurídico-sustantivo-complementario, en el cual se disciplinan todas aquellas condiciones en las que se requerirá la autorización judicial mencionada. Es así que la ley de fondo podría incorporar como supuestos adicionales la eventual naturaleza del bien involucrado, en la medida que este precepto legal no especifica a qué clase de bienes se aplica; no habiendo la ley preparado ni concebido distinción alguna, malamente podría el intérprete distinguir (*argumento de la no distinción*).

Planteado el problema únicamente desde el art. 891 del *CPC*., habría que concluir que la norma referida a la celebración de contratos de arrendamiento de largo tiempo sobre bienes de personas incapaces, sea imperativa, en la medida que se requiere del cumplimiento de un determinado requisito para la celebración de dicho contrato, y que, asimismo, dicho requisito debería ser establecido por la ley en atención al estado o calidad de incapacidad de los titulares de los bienes arrendados, y que dicho requisito consiste de la "autorización judicial".

Con todo, el art. 256 del *CCCh*., que se refiere a la misma situación explícitamente prevista por el art. 891 del *CPC*., está concebida en términos tales que no se requiere de una autorización judicial como método de habilitación para la celebración de un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles de personas incapaces. Muy por el contrario, el art. 256 del *CCCh*. opta por impedir totalmente la celebración de dicho tipo de contratos.

Con lo dicho, se crea una antinomia entre los preceptos legales citados, puesto que el precepto legal sustantivo supone una norma de carácter prohibitivo, mientras que la procesal involucra una norma imperativa. ¿Cómo se soluciona esta controversia? ¿Podría afirmarse que el problema se soluciona a partir de un conflicto de leyes en lo temporal, en la medida que el texto procesal ha reformado tácitamente el artículo civilista?

Actualidad Juridica 36.indd 172 01-09-17 11:59

Según el profesor Mario Casarino Viterbo, el inc. 1° del art. 891 del *CPC*., en la parte que se refiere a dichos contratos de arrendamiento, debe entenderse "carente de utilidad práctica", por dos razones:

> "porque los preceptos de la ley de fondo que requerían de esta formalidad habilitante han sido modificados en el sentido de suprimir dicha autorización y de fijar, en cambio, otro efecto para el evento de que el representante legal del incapaz celebre contratos de arrendamiento sobre bienes raíces de este último excediéndose en determinados plazos (ejemplo: Art. 407 del CC)"[16].

A nuestro entender, siendo la segunda razón correcta, en la forma que explicaremos enseguida, discrepamos del primer argumento. El art. 407 del CCC*h*. se encuentra redactado en su versión original, no siendo alterado durante su periodo de vigencia. De esta manera, nunca ha existido supresión de una autorización que nunca se contempló por el legislador civilista.

En nuestro concepto, la utilización por parte del inc. 1° del art. 891 del *CPC*. De la expresión "cuando deba obtenerse autorización", debemos estimarla referida a qué es lo que dice la legislación sobre la materia, que es la de fondo; como la norma más cercana impide absolutamente la celebración de arrendamientos de largo tiempo, debemos entender en su consecuencia que el precepto procesal pierde efectividad. Es perfectamente factible que en el proceso de su establecimiento nunca se haya observado que el art. 407 del CCC*h*. no era de naturaleza prohibitiva, a diferencia del régimen de administración existente en materia de patria potestad; es decir, que puede haberse tratado de un error del legislador procesal o de un mero olvido.

2.2. Las restricciones concebidas como normas imperativas

Describiremos en qué consiste esta segunda perspectiva (a) y la compararemos con el sistema anteriormente abordado (b).

(a) Descripción

Una segunda forma de abordar los impedimentos para celebrar contratos de arrendamiento de tiempo excesivo ya no consistirá en prohibirlos derechamente, sino que se pretende autorizarlos, previo cumplimiento de algunos requisitos formales.

Bajo este mecanismo, las normas dejan de ser prohibitivas, toda vez que efectivamente permiten su celebración, a través de algún requisito adicional, y que usualmente consiste de obtenerse la autorización de la persona que es dueña de los bienes que se pretenden arrendar, y en ciertas ocasiones la autorización judicial.

[16] Casarino (1997), p. 309.

Actualidad Juridica 36.indd 173 01-09-17 11:59

Se trata del modelo empleado de manera general en materia de la administración de la sociedad conyugal, con excepción del caso en que el contrato sea celebrado en la administración extraordinaria y recae sobre los bienes propios del marido.

(b) Diferencias entre el régimen de sociedad conyugal
y el de las guardas

La doctrina suele destacar la similitud de la solución aquí dispuesta, con los artículos 1749 y 1756 del CCC*h.*, a saber, las restricciones dispuestas para la administración de los bienes sociales y de los bienes propios de la mujer.

Empero, y a nuestro entender, dichos estatutos son notoriamente distintos. Por lo menos es posible identificar dos puntos de diferencia: en cuanto a permitirse la celebración del contrato de arrendamiento por un tiempo excesivo (i) y los plazos que se conceden al efecto (ii).

(i) Si la celebración del contrato de arriendo por largo plazo
es permitida, y las condiciones en que ello tiene lugar

Tratándose del régimen de administración de bienes en la sociedad conyugal, se permite al marido su celebración, requiriendo del consentimiento de la mujer o de la justicia en subsidio.

Por el contrario, el guardador y el padre de familia no pueden nunca celebrar este contrato[17].

De esta manera, las normas insertas en sede de sociedad conyugal tienen un claro carácter imperativo, mientras que en el caso de las guardas y de la patria potestad, la regla pasa a ser prohibitiva.

(ii) Plazo permitido para la celebración
del contrato de arrendamiento

Las normas sobre sociedad conyugal prevén plazos de vigencia para el arrendamiento, según se traten de bienes urbanos o rústicos.

Pero en el caso de la administración en las guardas y en la patria potestad, se agrega como plazo la obtención de mayoría de edad del pupilo o del hijo de familia.

La lógica de esta diferencia, de acuerdo con el profesor Manuel Somarriva, se encuentra en la vigencia de ambos regímenes de administración, en la medida que el de la sociedad conyugal no se ve sujeto a plazo de duración, el que sí se prevé para el caso de la administración de los bienes de hijo sujeto a patria potestad.

[17] Somarriva (1983), p. 472.

Actualidad Juridica 36.indd 174 01-09-17 11:59

Al efecto, se explica: "El legislador no quiere que cuando el hijo de familia se haga cargo de la administración de sus bienes esté limitado por contratos de arriendo"[18].

Hasta el momento, hemos analizado el supuesto de hecho que se pretende restringir o prohibir, cual es la celebración de contratos de arrendamiento por un tiempo excesivo. A continuación, veremos las consecuencias derivadas de celebrarse un contrato en infracción de estos requisitos.

II. La inoponibilidad en el exceso de tiempo que se haya estipulado como sanción específica

En la primera parte del presente trabajo, hemos abordado el problema de la validez de los contratos de arrendamiento que se pactan a tiempo excesivo, entendiendo este último concepto en su sentido legal.

En lo que sigue, abordaremos una sanción particular que se aplica a aquellos casos en los que se celebran estos contratos en infracción a las disposiciones legales que las consagran.

La consagración de un *sistema sancionatorio* respecto de los contratos de arrendamiento celebrados en exceso de tiempo, puede advertirse claramente del tenor de las disposiciones legales que hemos analizado en el curso del presente trabajo, a partir de su propósito preliminar de proscribir una determinada situación.

Descartando, por el momento, los preceptos legales que aluden expresamente a la institución que abordaremos en la segunda parte del presente trabajo (cfr. CCC*h*., art. 1757 inc. 2°), vemos que la conformación del carácter sancionatorio se revela en las expresiones "no podrá tampoco, sin dicha autorización" (CCC*h*., art. 1749 inc. 4°); "sin autorización de la mujer, el marido no podrá" (CCC*h*., art. 1756 inc. 1°); "la mujer, por su parte, no podrá" (CCC*h*., art. 1754 inc. 2°); "no se podrá [...] ni darlos en arriendo por largo tiempo" (CCC*h*., art. 255); o "no podrá el tutor o curador dar en arriendo ninguna parte" (CCC*h*., art. 407).

En un nivel más débil, aunque revelador de una suerte de conducta proscrita, encontramos oraciones del tenor "la mujer administradora podrá dar en arriendo [...] por un espacio de tiempo que no pase de los límites" (CCC*h*., art. 1761 inc. 1°).

Ya redactadas de manera imperativa, se indica que "este arrendamiento o cesión, sin embargo, podrá durar más tiempo" (CCC*h*., art. 1761 inc. 2°).

En un nivel básico, se consagran normas meramente remisoras hacia otros estatutos; específicamente, "se aplicarán las normas de las curadurías"

[18] Somarriva (1983), p. 472.

Actualidad Juridica 36.indd 175 01-09-17 11:59

(CCC*h*., art. 1759 inc. 7°) o "en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores" (CCC*h*., art. 255).

Pero esta revisión la podemos extender hacia el régimen de sanciones, en el entendido de dilucidar si las normas contienen expresamente o no cuál es la consecuencia que se sigue de incurrir en la situación que proscriben las respectivas normas.

Así, se encuentran normas que dicen que "el contrato regirá sólo por el tiempo señalado en los artículos 1749 y 1756" (CCC*h*., art. 1757 inc. 1°), y también "si lo hiciere no será obligatorio el arrendamiento para el pupilo o para el que le suceda en el dominio del predio, por el tiempo que excediere de los límites" (CCC*h*., art. 407).

Pero deberá considerarse la existencia de otras situaciones respecto de las cuales no se predicó una norma expresa en el mismo sentido. Es lo que ocurre con los arts. 1754 inc. 2° y 1761 incs. 1° y 2° del *Código Civil*.

Finalmente, deben contemplarse algunos regímenes en los cuales las sanciones se encuentran en otro conjunto de normas (CCC*h*., arts. 1759 inc. 7° y 255).

De los preceptos legales citados, vemos que usualmente se establece que, si se celebra un contrato de arrendamiento en un exceso de tiempo, no tendrá valor dicho exceso de tiempo y se considerará que el contrato ha terminado en el tiempo máximo que le ha sido permitido por la ley.

En la segunda parte del presente trabajo, explicaremos cuál es la naturaleza jurídica de la sanción especialmente prevista respecto del exceso del tiempo (§ 1), como un antecedente previo al estudio del régimen jurídico aplicable a dicha clase de sanción (§ 2).

§ 1. Naturaleza jurídica

La doctrina sostiene que se trata de un caso de inoponibilidad (1.1), que conviene describir (1.2).

1.1. Un caso de inoponibilidad

La doctrina ha identificado que, en la proclamación, de no ser obligatorio el contrato de arrendamiento en el exceso de tiempo, la existencia de un caso de *inoponibilidad en el exceso del tiempo*[19].

[19] Álvarez (sin año), p. 172; Fueyo (1959), pp. 394 y 672; Justiniano (1993), pp. 250-251; López Santa María (1986), p. 268. Meza Barros (1995), pp. 75 y 311; Orrego (sin año), p. 18; Ramos Pazos (2000), pp. 439 y 551; Rossel (1986), pp. 330 y 461.

Aunque referido al régimen de sociedad conyugal, es la opinión seguida por Rozas Vial (1990), p. 57.

Existen algunos autores que no emiten referencia hacia el concepto de inoponibilidad, y solamente se contentan con describir el efecto. Así: Somarriva (1983), pp. 472 y 676; Troncoso

Actualidad Juridica 36.indd 176 01-09-17 11:59

Conviene explicar este régimen de ineficacia tratando de precisar, en definitiva, qué se debe entender en que el contrato de arrendamiento deviene inoponible en el exceso del tiempo.

En primer lugar, la doctrina ha explicado:

> "inoponible es el negocio que no puede producir efectos respecto de alguien o, dicho de otra manera, que no es eficaz en su contra, por el motivo que sea, y los hay muy variados"[20].

Bajo un concepto más omnicomprensivo, se habla que es "la ineficacia, respecto de terceros, de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o nulidad de un acto jurídico"[21].

Se quiere explicar que todo el plazo de vigencia que exceda del máximo legal *no podrá oponerse* respecto de ciertas personas, respecto de las cuales se considerará que el contrato ha terminado en virtud de la expiración del plazo.

En este punto, el legislador tuvo la posibilidad de optar por otra causal de ineficacia, que es el caso de la nulidad absoluta y la relativa.

Este debate debe hacerse porque dentro del régimen de administración de bienes ajenos se ha previsto especialmente se consagró expresamente que, tratándose de otra clase de contratos, su celebración sin obtenerse la autorización del administrado o la judicial en subsidio, es susceptible de nulidad relativa.

Constituye una afirmación general en la doctrina, dentro de la Teoría General del Acto Jurídico, que la autorización consiste de un requisito establecido por la ley para la validez del contrato, y que ha sido dispuesto en consideración a la calidad de las personas que intervienen en el acto; en particular, por tratarse de bienes que pertenecen a personas cuyo patrimonio es administrado por otro. En estos casos, el reflejo directo pasaría a ser la invocación de la nulidad relativa, por tratarse de la regla general en la materia.

Sin embargo, el legislador ha previsto expresamente una sanción distinta, que es la inoponibilidad, lo que, incluso, se revela a través de su mención expresa y diferenciada respecto de la nulidad relativa o de referir simplemente que el contrato "no obliga" en el exceso del tiempo.

(1991), p. 222. La curiosidad, casi anecdótica en la materia, es que el profesor Somarriva omita denominar la sanción como "inoponibilidad", aun cuando sus apuntes de clases se le sindica como uno de los "primeros" catedráticos en enseñarla en Chile. Somarriva (sin año), p. 47; Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998), p. 353.

[20] Hinestrosa (1999), p. 157.

[21] Sobre la *inoponibilidad*, pueden consultarse: Abeliuk (2005), pp. 154-161; Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998), pp. 353-357; Alessandri Besa (sin año), p. 8; Baltra (1935); Caprile (2006), pp. 1-3; Castellón (1991), pp. 7-13; Ducci (1980), pp. 478-483; López Santa María (1986), pp. 267-27;. Meza Barros (1999), pp. 41-50; Ruiz Illanes (1982); Somarriva (sin año), pp. 47-53.

Actualidad Juridica 36.indd 177 01-09-17 11:59

Otro tanto ocurre con aquellos casos identificados en calidad de "normas prohibitivas". En este punto, conviene evidenciar el por qué la sanción dispuesta no fue la nulidad absoluta.

Dado que la ley prohíbe la celebración del contrato en esas condiciones, la consecuencia lógica pasaría a ser la nulidad absoluta, porque sería un contrato prohibido por las leyes y que, en consecuencia, adolece de objeto ilícito (CCC*h*., arts. 10, 1466 y 1682). Si se estima que la norma en juego es prohibitiva, ¿significa que la sanción aplicable será la nulidad absoluta?

Empero, no es la nulidad absoluta la consecuencia derivada de la inobservancia de la disposición, porque la ley asigna un efecto diverso al de la nulidad[22]. En lugar de tiempo, declara que el exceso de tiempo "no le será obligatorio al pupilo", que en este caso debemos entender al hijo.

De esta manera, se cumple lo dispuesto en el art. 10 del CCC*h*., porque la ley se encarga de asignar una consecuencia diversa a la nulidad para el caso de su contravención[23]. Se cumple una advertencia de la doctrina, en cuanto a que es necesario buscar en la ley especial la existencia de una sanción por infracción de una norma prohibitiva. No necesariamente desembocará en la nulidad absoluta del contrato[24].

Atendida la naturaleza de la sanción que ha sido dispuesta, ella *opera de pleno derecho*, por el solo vencimiento del plazo, y sin necesidad que el tribunal declare dicha inoponibilidad.

En esta clase de situaciones, la inoponibilidad se convierte en fundamento de la acción en virtud de la cual se pretenda invocar que el arriendo ha expirado por el transcurso del tiempo; por ejemplo, la acción que ejerza el dueño del inmueble arrendado para pedir la restitución.

Esto lleva a la conclusión de que el tribunal únicamente vendrá a constatar que el plazo ha expirado.

1.2. Catalogación

La doctrina ha venido en crear una sistematización para las diversas causales de inoponibilidad. Para los efectos de precisar la individualidad específica en este caso, someteremos los presentes casos dentro de dicha sistemática.

Ya en este punto es que se ofrece el primer gran problema, se trata de una causal que no ha sido de las tradicionalmente sistematizadas por la doctrina[25]. Curiosamente, siempre se promueve una suerte de "excusa" cuando se trata la materia, cual es la falta de un régimen general y de la dispersión de los

[22] Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998), p. 217; Barros Errázuriz (1931), p. 350; Fueyo (1959), pp. 393 y 672; Meza Barros, (1983), pp. 74-75 y 311; Somarriva (1983), pp. 472 y 676.

[23] Claro Solar (1979), pp. 393-394; Meza Barros (1995), pp. 74-75; Rossel (1986), p. 330; Somarriva (1983), pp. 472 y 676.

[24] Peñailillo (2004).

[25] La descripción de las clases de inoponibilidad puede consultarse en Caprile (2006), pp. 1-3; Ducci (1980), pp. 479-482; Meza Barros (1999), pp. 42-48.

Actualidad Juridica 36.indd 178 01-09-17 11:59

casos en los que se promueve la inoponibilidad. Con todo, debe evitarse el acudir a un concepto "estricto", en el sentido de que no existan otras formas de inoponibilidad de las reconocidas en el ámbito doctrinario; sobre todo, porque se trata de una noción jurídica no reconocida en el *Código* primitivo, no se trataba tampoco de una categoría reconocida por la doctrina que forjó y sirvió de base para su establecimiento, y que constituye una figura reconocida mucho tiempo después, a partir de una revisión en la forma con que operan algunas sanciones a los actos jurídicos.

Explicado lo anterior, pasaremos, enseguida, a catalogar esta causal específica de inoponibilidad.

En primer lugar, se trata de un caso de *inoponibilidad derivado de la celebración de un contrato*. Todos los casos que hemos visto se refieren particularmente al caso en que ha sido celebrado un contrato de arrendamiento, con un plazo excesivo.

En segundo lugar, la sanción parece perfilarse como un caso de *inoponibilidad por causa de fondo*. Sin embargo, ya en este punto es donde existen problemas para la catalogación, y al efecto debemos considerar la naturaleza de las normas que consagran esta clase de ineficacia.

En lo que se refiere a los casos contemplados como *normas imperativas*, en las cuales la celebración de contratos de arrendamiento con tiempo excesivo requería autorización de la mujer o de la justicia, la ausencia de dicho requisito determina que se traten de un caso de *inoponibilidad por falta de concurrencia*. Este modelo es particularmente utilizado en materia de sociedad conyugal, en los casos en que el marido pretende arrendar bienes inmuebles sociales y propios de la mujer.

Una explicación distinta deberá diseñarse respecto de los casos contemplados como *normas prohibitivas*, es decir, aquellos en los que se impide celebrar, bajo todo respecto o circunstancia, contratos de arrendamiento de tiempo excesivo. La doctrina ha precisado que esta causal de inoponibilidad se deriva en la que puede valerse el propio interesado, en razón de la carencia de poder de su representante legal[26]. Pero no se trata de la omisión de un requisito de publicidad, ni mucho menos se prevé una autorización judicial como presupuesto de voluntad que haya faltado; no podría tratarse de un caso de inoponibilidad por falta de concurrencia, toda vez que en esta clase de situaciones el legislador ha prescindido completamente de requerir una autorización habilitante. En consecuencia, debemos estimarla como una *causal especial* que opera por el solo hecho de vulnerarse una prohibición legal.

En cuarto lugar, se produce una alteración importante en lo tocante a las reglas generales de inoponibilidad. Usualmente se afirma que ella es dispuesta como un mecanismo de ineficacia cuyos beneficiados o protegidos son los terceros.

[26] Fueyo (1959), p. 672.

Actualidad Juridica 36.indd 179 01-09-17 11:59

Pues bien, todos los casos que hemos reseñado tienen relación con la administración de bienes ajenos, efectuados dentro del contexto de la representación legal, lo cual supone, inicialmente, que *quien reclama la inoponibilidad es la misma parte*, no un tercero.

§ 2. Régimen jurídico

Siendo descrita, en primer lugar, la naturaleza jurídica que le empece a la inoponibilidad en el exceso de tiempo, resta precisar cuál es el régimen jurídico que le ha sido designada a esta forma de ineficacia del contrato de arrendamiento por tiempo excesivo.

Dos cuestiones pasarán a ser abordadas en el presente apartado. En primer lugar, veremos los requisitos a que se sujeta esta forma de inoponibilidad (2.1). En segundo lugar, abordaremos los efectos a que se sujeta (2.2).

2.1. Requisitos

Dentro de la estructura interna de la inoponibilidad, se advierte la existencia de algunos requisitos de fondo (a) y de ejercicio (b).

(a) Requisitos de fondo

La inoponibilidad es aplicada a cierta clase de contratos (i), cuando en ellos se estipula a tiempo excesivo (ii).

(i) Clase de contratos a los que se aplica

El supuesto de hecho sobre el cual opera la inoponibilidad en el exceso del tiempo se refiere, tiene relación fundamentalmente con contratos que constituyen los denominados "títulos de mera tenencia", por cuanto los preceptos legales se refieren no solamente a los contratos de arrendamiento sino, también, todos aquellos que supongan la constitución o transferencia de la tenencia de una cosa.

El tutor, curador y padre de familia "no puede" celebrar contratos de arrendamiento sobre bienes raíces, sean estos de los calificados como "urbanos" o de los "rústicos".

Puede apreciarse que existe un claro régimen restrictivo para la contratación, por lo menos en lo que respecta a los contratos de arrendamiento sobre bienes raíces.

El contrato de arrendamiento suele ser tradicionalmente encasillado como un "acto de administración", en la medida que por el mismo no se hace enajenación del bien arrendado, no mucho menos se persigue la constitución de un derecho real sobre el mismo, de manera tal que "entra en las facultades ordinarias de un administrador de bienes ajenos"[27].

[27] Claro Solar (1979), p. 310. Destaca este autor que, en el caso del arrendamiento de bienes urbanos, "el arrendamiento es la forma más común de explotación".

Actualidad Juridica 36.indd 180 01-09-17 11:59

Con lo dicho, tenemos que no existe acto de enajenación (ni mucho menos hay promesa de enajenación). Si esto es así, ¿por qué se establece una norma como la comentada? ¿Por qué deben incorporarse restricciones a la administración?

Veamos los fundamentos desplegados por la doctrina en la presente materia.

Ya explicaba el profesor Luis Claro Solar:

> "Pero la ley ha considerado que no debía dejarse amplia libertad a un representante legal para dar en arrendamiento los bienes de su representado por largo tiempo, porque en el hecho esto vendría a importar una limitación directa de su dominio y de los frutos civiles que de su representado por largo tiempo, porque en el hecho esto vendría a importar una limitación directa de su dominio y de los frutos civiles que de sus bienes podía obtener con una renovación más frecuente de los contratos de arrendamiento, especialmente en los predios urbanos en que el aumento creciente de la población y el desarrollo del comercio, naturalmente tienden a producir una elevación en el precio de los alquileres"[28].

De la misma manera se pronunciaba el profesor Manuel Somarriva Undurraga: "el arrendamiento por un plazo mayor equivale en el fondo a una verdadera enajenación que puede perjudicar al hijo de familia"[29].

Con la sola finalidad de evitar un arrendamiento por un tiempo excesivo, expresa como fundamento de esta prohibición el profesor Alfredo Barros Errázuriz:

> "Obligado el guardador a administrar los bienes del pupilo para que den los frutos correspondientes, puede, en uso de sus facultades administrativas, dar en arriendo dichos bienes, aunque sean raíces, pudiendo fijar la renta y demás condiciones del arrendamiento; pero esta facultad tiene una limitación importante por lo que toca a la duración del contrato. A fin de evitar que quede ligado el pupilo por un tiempo excesivo, la ley reputa, como principio, general, que un arriendo de más de ocho años excede a los poderes de un administrador, respecto de los predios rústicos, y de cinco años respecto de los urbanos"[30].

Por último, se encuentra en este sentido el profesor Fernando Fueyo Laneri:

> "En efecto, el guardador tiene libertad para dar en arrendamiento los bienes raíces del pupilo; pero siempre que no exceda de cierto límite en

[28] Claro Solar (1979), p. 310.

[29] Somarriva (1983), p. 472. En un sentido similar, era la opinión sostenida tempranamente por Chacón (1868), p. 207.

[30] Barros Errázuriz (1931), p. 350.

Actualidad Juridica 36.indd 181 01-09-17 11:59

la duración del contrato. Así se evita que el arrendamiento tienda a un verdadero desmembramiento del dominio"[31].

(ii) El tiempo excesivo

Las prohibiciones y restricciones solo reciben aplicación, de acuerdo con el conjunto de normas legales citadas, cuando se estipula un contrato a plazo, por un tiempo que exceda de los permitidos por la ley.

Bajo estos respectos, se trata de contratos en los que el plazo es el elemento que marca su vigencia, y en los cuales se distingue según se trate de inmuebles urbanos o rústicos. Al efecto, la restricción o prohibición tendrá lugar cuando pasen de cinco años, en el caso de bienes urbanos, y ocho, cuando se refieran a inmuebles rústicos.

Cuando se trate de un contrato de arrendamiento, existe un concepto legal que será el aplicable directamente.

Cabe considerar que las restricciones y prohibiciones se aplican, incluso, en el caso que se fijen prórrogas para la vigencia del contrato. Ello, como una manera de evitar que, por esta vía, se desvirtúe el propósito perseguido por la ley, extendiendo de esta manera la vigencia del contrato por un plazo que exceda del máximo autorizado directamente por la ley.

No obstante el propósito asumido por la ley, y el fundamento que la doctrina advierte para instaurar esta clase de restricciones, la normativa incurrió en un grave defecto estructural, cual es de entenderse aplicada única y exclusivamente a los contratos de plazo fijo de carácter excesivo. Dicho de otro modo, se ha omitido una referencia al caso de los contratos de duración indefinida.

Los contratos de duración indefinida son aquellos en los que ni las partes ni la ley ha dispuesto su extinción en virtud de la expiración de un plazo. En consecuencia, se trata de un contrato que tiene la vocación inicial de durar por siempre, con lo cual se mantendría vinculadas a las partes a perpetuidad. Es por esta circunstancia que, en la doctrina, a partir de consideraciones relativas al derecho fundamental a la libertad individual, y a partir de una serie de requisitos de fondo y de ejercicio, se autoriza a cualquiera de las partes para ponerles fin por su propia voluntad, procediendo de esta manera a la ruptura unilateral (extrajudicial) del contrato.

La situación en que se encuentran los contratos de duración indefinida es muy particular para la presente materia. No ha sido proscrita expresamente por el régimen a que hemos aludido, ya que se concentra de manera explícita en los contratos a plazo, y una interpretación estricta de las normas que imponen requisitos y sanciones, conduciría a proclamar su validez formal, al no quedar comprendidos en el requisito.

[31] Fueyo (1959), p. 672.

Actualidad Juridica 36.indd 182 01-09-17 11:59

Esto significaría que un arrendamiento a plazo indefinido no requeriría autorización alguna, y podría celebrarse libremente.

Sin embargo, si recordamos el fundamento expuesto por la doctrina, por el cual se pretende evitar convertir a un contrato de mera tenencia en un contrato traslaticio de dominio, en forme encubierta, debería convenirse que el contrato de duración indefinida tiene la vocación automática de exceder el máximo permitido por la ley.

Bajo este esquema, y considerando un propósito proteccionista del interés de los dueños de los bienes que son arrendados o cedidos, debería considerarse comprendidas en la restricción y prohibición a los contratos de duración indefinida, sin perjuicio de requerirse una reforma legislativa, que también pudiera coordinar debidamente el sistema de restricciones a la administración de bienes ajenos.

2.2. Ejercicio

En lo que tiene relación con el ejercicio de la inoponibilidad por exceso de tiempo, veremos en particular quiénes pueden invocarla (a). Hecho esto, conviene destacar el carácter personal de esta pretensión (b).

(a) Quiénes pueden invocarla

¿Quién puede invocar la inoponibilidad en el exceso del tiempo? Recordemos que el contrato de arrendamiento es celebrado por una persona que actúa en representación legal de otra, con un tercero.

Bajo esas circunstancias, deberíamos concluir que la primera persona que podrá invocar la inoponibilidad en el exceso del tiempo es *la persona del representado*[32].

¿Podrían invocar la inoponibilidad los contratantes, esto es, el representante o el tercero? La respuesta nos parece negativa, ya que son ellos quienes originan el vicio de inoponibilidad.

En el evento de reclamarse recíprocamente esa inoponibilidad, debería rechazarse su pretensión, toda vez que con su actuación incurren en la vulneración del principio de la buena fe y el respeto a los actos propios, en la medida que "nadie puede aprovecharse de su propio dolo" (*nemo auditur propriam suam*...)[33].

¿Qué ocurre con el arrendatario con quien se pacta un contrato de tiempo excesivo? ¿Podrá invocar la inoponibilidad? En concepto de la doctrina, la respuesta es negativa, toda vez que la ley lo consagra únicamente a favor del hijo y de sus sucesores legales:

---

[32] Fueyo (1959), p. 394. Refiriéndose únicamente al caso del pupilo (CCC*h.*, art. 407), es la opinión de Justiniano (1993), p. 251.

[33] Lit.: Díez-Picazo (1963); Ekdahl (1989); Jarpa (1995); López Mesa y Rogel (2005); Tavolari (1986), pp. 88-102.

Actualidad Juridica 36.indd 183 01-09-17 11:59

> "El derecho a no aceptar los arriendos superiores a los plazos legales pertenece exclusivamente al hijo de familia; pero no al arrendatario. En consecuencia, para éste es obligatorio el plazo pactado por el padre o madre de familia, aunque sea superior a los legales"[34].

A esta argumentación, podría alegarse la imposibilidad del arrendatario para aprovecharse de su mala fe, en atención a que la ley le es obligatoria en cuanto a que existe este derecho, de manera tal que no puede excusarse en su ignorancia (CCC*h.*, art. 8.°).

Los terceros distintos del contratante pueden igualmente aprovecharse de este efecto. Por ejemplo, existen algunos supuestos de contratos de arrendamiento que deberán ser respetados por terceros (CCC*h.*, art. 1962), de manera tal que deberán soportar los efectos del contrato de arrendamiento mientras dure. Por el contrario, si se ha pactado un contrato de arrendamiento con exceso de tiempo, aunque sea de aquellos a que alude este último precepto legal, los terceros no podrán ser sujetos a la obligación de respetar dicho contrato.

Los terceros que suceden al hijo (o pupilo, en su caso) en el dominio del predio, se aprovechan de esta disposición, de manera tal que no les será obligatorio en el exceso del tiempo[35].

(b) Carácter personal

Considerando la titularidad de este derecho, se trata de uno que *solamente pueden invocar el hijo de familia y sus sucesores*.

En el caso del hijo de familia, se trata de una forma de impugnación por el acto ejecutado por su padre, en calidad de representante legal; esto es, que se trata de un acto tendiente a reclamar del abuso y de la extralimitación en el ejercicio de las facultades de administración que pertenecen al padre de familia.

La extralimitación se verifica en el sentido de que la ley consiente únicamente en la celebración de contratos de arrendamiento hasta cierta duración, de manera tal que si se pacta una duración superior, el representado tiene el derecho de desconocer la legitimidad de dicha actuación, mediante la inoponibilidad. El acto celebrado por el representante no obligará al representado.

Debe destacarse que el régimen de inoponibilidad se verifica en una situación para la cual quien celebraba el contrato era jurídicamente el representado, y materialmente el representante.

En rigor, no se aplica en esta circunstancia la doctrina del respeto a los actos propios, pues la ley permite al representado discrepar respecto

[34] Somarriva (1983), p. 473. En el mismo sentido: Fueyo (1959), p. 394.

[35] Claro Solar (1979), p. 393; Meza Barros, (1995), pp. 75 y 311; Somarriva (1983), p. 472. Se refiere en términos generales "al hijo y a quienes le sucedan". Fueyo (1959), p. 394.

Actualidad Juridica 36.indd 184 01-09-17 11:59

del mérito y legalidad de las actuaciones desarrolladas por su representante, quien por el ministerio de la ley le obligaba en la celebración de los actos y contratos. Sí recibe aplicación este principio es para privar al padre de familia de dicho derecho.

La lógica de la inoponibilidad que impera para este caso coloca al hijo de familia como un tercero, respecto del contrato de arrendamiento celebrado por las partes (el padre de familia, en calidad de arrendador, y el tercero arrendatario).

2.3. Efectos

Veremos cómo se desenvuelve la inoponibilidad en el exceso de tiempo (a), el momento a partir del cual se producen los efectos de esta inoponibilidad (b) y el instante hasta el cual puede invocarse (c).

(a) Cómo se desenvuelve la inoponibilidad

Incluso, en estas circunstancias, la inoponibilidad opera de manera curiosa. Significa que solamente "el exceso" del tiempo no le será obligatorio al menor de edad, pero en todo el tiempo que dura el contrato[36] y que no excede de ese tiempo, es un contrato obligatorio al menor.

Quiere significarse que mientras transcurra ese tiempo el contrato será plenamente válido y obligatorio para el menor, pero no lo será para él cual se trate del exceso.

A pesar de la redacción prohibitiva del precepto, la sanción aplicada no es la nulidad, sino que se trata de una ineficacia de carácter específico, únicamente referido al exceso del tiempo, y mientras no se exceda del mismo el contrato le resulta obligatorio al menor. El contrato de arrendamiento es "eficaz" mientras no se exceda del tiempo, y si se produce ese exceso, tampoco se verá afectado el tiempo anteriormente corrido.

¿Podría el notario público negarse a autorizar un contrato de arrendamiento pactado con exceso de tiempo? Según la opinión de la doctrina, la inoponibilidad constituye un tipo especial de las denominadas "causales de ineficacia", y su estudio suele ser incorporado bajo ese esquema. No obstante lo expresado, lo cierto es que el régimen de la inoponibilidad se caracteriza por ser "exótico", en el sentido de que no opera bajo la lógica de mecanismos como la nulidad o la resolución. De acuerdo con los preceptos legales citados, tenemos que el contrato es inoponible "en el exceso del tiempo".

Por las razones que hemos expuesto, el contrato de arrendamiento es plenamente válido mientras no llegue al exceso del tiempo, y cuando llega puede proceder el menor de edad como si ese tiempo estuviese vencido, lo cual le habilitaría, entre otras cosas, para reclamar la restitución inmediata del inmueble.

[36] Ramos Pazos (2000), p. 439; Rossel (1986), p. 330.

Actualidad Juridica 36.indd 185 01-09-17 11:59

Esta "sanción" es dispuesta por el solo ministerio de la ley, sin necesidad que un tribunal así lo declare. Basta solo la invocación que, al tiempo de invocarse, ha transcurrido el tiempo que la ley autoriza para la duración del contrato de arrendamiento.

En nuestro concepto, aunque un contrato de arrendamiento tenga asignada por las partes una duración excesiva, el solo ministerio de la ley prevé que durará el tiempo dispuesto. En caso alguno sanciona con la nulidad ni con la rescisión a dicho contrato. Mucho menos requerirá el interesado demandar de nulidad ni de rescisión cuando efectivamente se desarrolle ese tiempo excesivo.

En consecuencia, nos parece excesiva una eventual negativa del notario público para otorgar escritura pública del contrato de arrendamiento, considerando cuáles son los efectos que la ley asigna, y cómo no se requiere demandar judicialmente la ineficacia de dicho contrato de arrendamiento.

(b) Cuándo puede invocarse la inoponibilidad

Consagrado el derecho de reclamar la inoponibilidad por el exceso del tiempo, y que en este caso consiste del derecho para "no ser obligado más allá del exceso del tiempo", cabe preguntarse cuándo podrá hacerse efectivo dicho derecho. ¿Podrá invocarse mientras dure la administración del padre de familia? ¿Habrá que esperar a que dicha administración termine para que pueda hacerse efectivo?

Como se ha expresado, la inoponibilidad no se aplica mientras dure el contrato y se trate del tiempo que la ley que no califica de "excesivo".

El momento a contar del cual se verifican los efectos de la inoponibilidad es aquel en que se cumple el tiempo de exceso. Cabe considerar que, como la ley establece un plazo de años, este se contabiliza conforme a las reglas generales.

A partir de la medianoche en que principia el exceso del tiempo, es posible invocar los efectos de la inoponibilidad, los cuales se traducirán en el derecho que tienen los terceros, y el mismo representado, para desconocer la existencia del contrato de arrendamiento, procediendo de todas maneras como si dicho contrato no existiese.

De esta manera, si se plantea la cuestión desde el punto de vista del representado, este puede exigir la restitución de la propiedad arrendada, sin necesidad de aguardar el cumplimiento del plazo, si el contrato fuese pactado a plazo. Si se hubiere pactado un contrato de duración indefinida, el representado no requerirá del desahucio para proceder a la terminación del contrato. De la misma manera, podrá el representado celebrar nuevos contratos de arrendamiento.

Desde el punto de vista de los terceros, podrán proceder como si dicho contrato no existiese. De esta manera, la propiedad aparece liberada de gravámenes personales en este sentido.

Actualidad Juridica 36.indd 186 01-09-17 11:59

Conforme explica nuestra doctrina, dicho derecho puede invocarse una vez que concluye la administración del padre o madre, o cuando el menor sale de la patria potestad. Tal interpretación quedaría autorizada por el tenor de lo dispuesto en el art. 1969 del *CCCh.*, cuando se indica que

> "los arrendamientos hechos por [...] el padre o madre como administradores de los bienes del hijo, se sujetarán (relativamente a su duración después de terminada) [...] o la administración paterna o materna, [...], a los artículos 407 [...]".

Con las expresiones que utiliza ("su duración después de terminada"), se quiere dar a entender que solamente en ese punto puede hacerse uso del derecho previsto en el art. 407 del *CCCh.*[37].

De esta manera, si el contrato de arrendamiento que pacta el padre o la madre que ejerce la patria potestad tiene una duración de diez años, pero dicho plazo se cumple dentro del tiempo que la ley autoriza para que administre los bienes y derechos de su hijo o hija, entonces estos últimos nada podrán reclamar, toda vez que la administración, precisamente, no ha "terminado", que es la situación a que alude el art. 1969 del *CCCh.*

Puede ocurrir que, antes de expirar el plazo de diez años en que se pactó el contrato de arrendamiento de un predio rústico, haya cesado la administración del padre o madre, habiendo transcurrido únicamente tres de esos años. En tal circunstancia se encuentra el art. 1969 del *CCCh.*, pues precisamente se trata de una situación en que la administración ha concluido, caso en el cual por aplicación del art. 407 del *CCCh.* tenemos que el contrato de arrendamiento de predio rústico del ejemplo solamente durará hasta por otros dos años más, completando los cinco años; no durará el contrato en los siete años que restaban, conforme a lo pactado.

Pero debemos destacar que no solamente el exceso de tiempo se produce cuando el contrato de arrendamiento dura más de cinco u ocho años, según la naturaleza de los bienes involucrados. En ambas situaciones, hay que considerar el caso en que el hijo de familia cumple dieciocho años de edad.

Pensemos en caso en que el contrato de arrendamiento de predio rústico se pactó por cinco años, y que habiendo transcurrido apenas tres años de esos cinco, el menor cumple los dieciocho años. Aunque se trata de un caso en que el arrendamiento se pacta dentro del plazo permitido, ocurre que antes de eso el menor alcanza la mayoría de edad, de manera tal que necesariamente surge el concepto de "exceso del tiempo", respecto de los dos años restantes. El menor de edad solo se obliga a respetar esos tres primeros años, mas no los dos restantes.

[37] Fueyo (1959), pp. 310-311; Somarriva (1983), pp. 472-473 y 676.

Actualidad Juridica 36.indd 187 01-09-17 11:59

(c) Hasta cuándo podrá invocar la inoponibilidad

Causales de extinción

¿Hasta cuándo podrán invocarse los efectos de la inoponibilidad? En este punto nos referiremos a las causales de extinción del Derecho para invocar la inoponibilidad por el exceso de tiempo.

En lo que se refiere a la inoponibilidad en general, no existe una normativa sistemática que se refiera a este punto, lo que debe entenderse justificado por tratarse de una causal de ineficacia de origen doctrinario, extraído a partir de un conjunto de preceptos legales.

Particularmente para este supuesto, conviene considerar dos circunstancias. La primera de ellas, se refiere a la procedencia de la renuncia (i). La segunda, a la posibilidad de caducar el ejercicio de este derecho (ii).

(i) Renuncia

Si bien la inoponibilidad es un derecho consagrado en forma específica para estas personas, pueden hacer renuncia del mismo, en forma expresa o tácita. De acuerdo con los autores, la renuncia tácita de este derecho es "perseverar en el arriendo"[38].

A nuestro entender, tal respuesta sería posible si se considera que el derecho que se describe es personalísimo, pero en el cual la ley no ha prohibido su renuncia, de manera tal que no se aplica lo dispuesto en el art. 12 del CCC*h.*, que exige un doble condicionante.

Las prohibiciones tienen carácter estricto y solo se aplican a los casos específicamente previstos por la ley, y no puede admitirse, en ese sentido, la consagración de una prohibición que la ley no ha previsto.

Respecto de esta afirmación, debemos denunciar algunas consideraciones. Esta renuncia no la puede practicar el padre o madre administrador, en forma anticipada, en la medida que el establecimiento de restricciones a la administración de bienes ajenos, derivadas de incapacidades legales, importan reglas de orden público; ni siquiera las incapacidades relativas son renunciables[39]. En consecuencia, este derecho solo puede ser ejercitado por el hijo, una vez que nace el derecho para no ser obligado en el exceso del tiempo.

(ii) Procedencia de la caducidad
(o prescripción extintiva)

Hemos expuesto el momento a partir del cual el interesado en la inoponibilidad por el exceso de tiempo. La cuestión que no ha sido resuelta por la ley es hasta qué momento podrá invocarse dicho derecho. La inquietud consiste

[38] Somarriva (1983), p. 473.
[39] Pescio (1948), pp. 101-102.

Actualidad Juridica 36.indd 188 01-09-17 11:59

de si la inoponibilidad se sujeta a un plazo de prescripción extintiva o de *caducidad*, según sea el caso[40].

Debemos considerar que existen otros regímenes normativos en que, generándose un caso de arrendamiento pactado con exceso de tiempo, tampoco parecen ser muy claros en orden a sostener hasta cuándo puede reclamarse.

Si miramos el art. 1757 del CCC*h*., que se refiere al régimen sancionatorio de los actos ejecutados sin dar cumplimiento a las exigencias y formalidades previstas en los arts. 1749, 1754 y 1755 del CCC*h*., les atribuye la nulidad relativa; empero, distingue claramente esos casos respecto del "arrendamiento o cesión de la tenencia", caso en el cual indica que "el contrato regirá sólo por el tiempo señalado" en los arts. 1749 y 1756 del CCC*h*. (CCC*h*., art. 1757 inc. 1°). A guión seguido, en el inc. 2° del art. 1757 del CCC*h*. se trata de la "legitimación activa" para el ejercicio de las acciones de "nulidad o inoponibilidad anteriores", con lo cual se insiste en una diferenciación entre las sanciones que son aplicables a cada uno. Finalmente, los incs. 3° y 4° del art. 1757 del CCC*h*. únicamente se refieren al plazo en que puede hacerse ejercicio de la acción de "nulidad", omitiendo cualquier referencia hacia la situación en que se encuentra la inoponibilidad[41].

Se insiste en la idea que los contratos de arrendamiento o de cesión de la tenencia de bienes inmuebles sociales[42] pueden ser válidamente celebrados, pero que no pueden serlo por un tiempo excesivo (CCC*h*., arts. 1761 inc. 1° y 1749 inc. 4°), aunque se habilita su duración excesiva si obtiene al efecto autorización judicial, previa información de utilidad (CCC*h*., art. 1761 inc. 2°).

Cabe destacar que en estos preceptos legales no se habla de una situación de "no respetarse el exceso del tiempo" como sanción de ineficacia, a diferencia de lo que ocurre en la administración ordinaria de la sociedad conyugal, aunque debemos intuir que la lógica de las sanciones debería conducirnos hacia la inoponibilidad en el exceso del tiempo respecto de esas situaciones[43].

---

[40] Sobre la *caducidad y sus diferencias con la prescripción extintiva*, pueden consultarse: Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998), pp. 154-156; Domínguez Águila (2004), *passim*; Domínguez Dellepiane (1960); Lagos Villarreal (2005), pp. 81-105; Lira Urquieta (1945), *passim*; Lira Urquieta (sin año), pp. 144-168; Prado (2003), pp. 7-15.

[41] Lo dicho debe entenderse referido al caso de la "administración ordinaria de la sociedad conyugal", porque en el caso de la "administración extraordinaria de la sociedad conyugal" (CCC*h*., arts. 1758 y 138 inc. 1°) se presenta una solución algo diferente.

[42] Debe recordarse que la *administración extraordinaria de los bienes propios del marido* se sujeta a las disposiciones sobre guardas (CCC*h*., art. 1759 inc. 7°).

[43] El inc. 2° del art. 1761 del CCC*h*. tiene la particularidad de establecer las condiciones para que un contrato de arrendamiento o de cesión de la tenencia pueda "durar más tiempo", hablando de la necesidad de obtener una autorización judicial previa información de utilidad.

Si las autorizaciones judiciales constituyen las típicas "formalidades habilitantes", entonces la sanción que debería aplicarse es la nulidad relativa, por tratarse de la omisión de un

Actualidad Juridica 36.indd 189 01-09-17 11:59

Finalmente, tampoco se consagra explícitamente un plazo de prescripción extintiva ni de caducidad para el ejercicio de la inoponibilidad[44].

Los pocos autores que se refieren particularmente a la extinción de la inoponibilidad, indican que ella es *prescriptible*. Al efecto, distinguen según la inoponibilidad pueda ser invocada como acción o como excepción, proclamándola claramente en el primer caso; cuando se trata de un ejercicio como "excepción", se anota que

> "el acto inoponible no dejará de serlo por prescripción para los efectos de oponerla como excepción, salvo que ella hubiera podido invocarse como acción"[45].

La anterior lectura debe ser objeto de serias observaciones. De acuerdo con la misma, en caso alguno se proclama la inoponibilidad como una acción autónoma, sino más bien como una suerte de "argumento de fondo" para la procedencia de la acción que se ve fundamentada por ella; y es por ello que en el caso de la invocación de la inoponibilidad como acción se indica que es prescriptible porque la acción que le sirve de contexto (acción de simulación, revocación o pauliana, reivindicatoria) es prescriptible.

En el caso del ejercicio de la inoponibilidad como "excepción", debe destacarse nuevamente esta circunstancia, cuando se habla de los casos en que dicha excepción es prescriptible y, aunque no se indica explícitamente, procesalmente se justificaría la imprescriptibilidad de la "excepción de inoponibilidad" porque ella responde ante el ejercicio de una acción procesal, de manera tal que mientras dicha acción no se ejerza, no es preciso el ejercicio de excepción alguna.

La lectura expuesta de la inoponibilidad supone que se trata de una pretensión carente de autonomía, y que necesariamente se vincula al ejercicio de una acción de fondo, la cual será prescriptible conforme a las reglas que le brinda su régimen en especial.

La ausencia de la asignación de un plazo de prescripción extintiva o de caducidad para el ejercicio de la pretensión de inoponibilidad podría rápida-

---

requisito establecido por la ley en consideración a la calidad de las personas que intervienen; lectura esta última que se apoyaría en la falta de referencias hacia la inoponibilidad y por la inexistencia de una norma como el art. 1761 del CCC*h*.

Con todo, la solución debería ser la misma que en dicha situación, porque las autorizaciones judiciales han sido dispuestas a fin de consentir en que el contrato tenga una duración excesiva. De esta manera, la lectura que aquí se propone permite asignar sanciones diversas que la nulidad, las cuales deberían (al menos en lo teórico) ser la regla general dentro de dicho régimen.

[44] Los autores que analizan este estatuto normativo no formulan precisiones acerca del régimen a que se sujeta la inoponibilidad. Así: Rozas Vial (1990), pp. 57-58.

[45] Abeliuk (2005), p. 161.

En un sentido similar, aunque sin hacer la precisión acerca de la imprescriptibilidad de la excepción de inoponibilidad: Caprile (2006), p. 5; Meza Barros (1999), p. 50.

Actualidad Juridica 36.indd 190 01-09-17 11:59

mente conducir a la conclusión que *dicha pretensión es imprescriptible*, lo cual se justificaría porque la sanción se aplica por el solo ministerio de la ley, incluso sin necesidad de obtener al efecto una declaración judicial, según hemos sostenido.

Por otro lado, sin importar el lapso de duración que tenga en exceso el contrato de arrendamiento, este sigue siendo excesivo y habilita al menor de edad para denunciar su inoponibilidad y de recuperarlo en cualquier tiempo.

Miremos con detenimiento la situación en que nos encontramos, cual es la de un contrato de arrendamiento pactado por un padre de familia con un tercero, sobre un bien perteneciente a un menor de edad, en el cual se fija una duración excesiva.

Formalmente, el contrato es obligatorio para las partes (CCC*h.*, art. 1545)[46], de manera tal que dicho contrato tendrá la duración que le han asignado las partes, en las condiciones inicialmente pactadas, y en caso que al término de dicho contrato el arrendatario se niega a restituir, se aplicarán las acciones procesales pertinentes que el arrendador puede invocar para obtener la restitución del bien arrendado. La única particularidad que el régimen de patria potestad asigna a dichos contratos es que el menor de edad no estará obligado a respetar la duración del contrato, en razón de serle inoponible el exceso del plazo, de manera tal que se hace adelantamiento de las mismas pretensiones a que hubiese tenido derecho en caso de extinguirse normalmente el contrato de arrendamiento.

De esta manera, el menor de edad dispone de una *pretensión que es formalmente imprescriptible*, porque la puede invocar en cualquier tiempo en que el contrato tenga una duración excesiva, esto es, cuando se verifique dicho tiempo.

Empero, el problema acerca del momento hasta el cual puede invocar la inoponibilidad debe perfilarse más bien como un problema propio del Derecho de los Bienes. El contrato de arrendamiento constituye un "título de mera tenencia", de manera tal que, si el arrendatario se pretende dueño de los bienes, o los enajena a un tercero, y se invoca una prescripción adquisitiva, dicho problema deberá resolverse a la luz de la admisión o no en nuestro sistema de dicha mutación en la detentación de las especies[47].

[46] Un análisis sobre el art. 1545 del CCC*h.*, que a juicio de la doctrina contiene el denominado "principio de fuerza obligatoria de los contratos", en las siguientes obras fundamentales: López Santa María (2005), pp. 275-339; Pizarro (2004), pp. 225-237.

Por nuestra parte, hemos realizado un análisis específico del principio de fuerza obligatoria del contrato, cuya lectura tradicional ha significado una fuerte restricción a la procedencia de la facultad resolutoria: Bécar (2011), pp. 670-726.

[47] Acerca de la mutación de la mera tenencia en posesión y su admisión, puede consultarse Peñailillo (2007), pp. 367-368.

Actualidad Juridica 36.indd 191 01-09-17 11:59

Conclusiones

El presente trabajo tuvo como propósito exponer el régimen aplicable a los contratos de arrendamiento pactados a plazo y que afectan a bienes que se encuentran sujetos a administración.

La primera parte se dedicó al estudio sistemático de los principales regímenes de administración de bienes, centrando el análisis en la situación en que se encuentran los contratos de arrendamiento, precisando cuáles son las limitaciones a la celebración de dichos contratos, sus requisitos y la duración que eventualmente permiten. Los principales regímenes analizados fueron los dispuestos en la sociedad conyugal, la patria potestad y las guardas.

La segunda parte abarcó el estudio de una sanción específicamente prevista por la ley para enfrentar la celebración de contratos de arrendamiento sin sujetarse a las restricciones y prohibiciones previstas por la ley, cual es la inoponibilidad en el exceso de tiempo.

El estudio abarcó los requisitos de procedencia, tanto de forma como de fondo, y respecto de estos últimos, cómo se podían invocar. Asimismo, fueron mencionados los titulares de esta pretensión, cerrando con el análisis de los efectos de esta forma de inoponibilidad.

Una comparación entre las metodologías asumidas por el legislador revela fuertes contradicciones, incluso en el tratamiento de la misma materia dentro del mismo régimen. Por ejemplo, para disciplinar la eficacia de los contratos de arrendamiento a plazo fijo de carácter extenso, se ha acudido a dos técnicas muy distintas entre sí: autorizarlas previa autorización del administrado o del tribunal en subsidio, lo que convierte a la norma que la consagra en imperativa; o prohibirla bajo todo respecto o circunstancia, como ocurre con la patria potestad y las guardas. Quizá el caso en que se hace uso del método más asistemático es la sociedad conyugal, donde se invocan ambas metodologías, sin una debida explicación.

A pesar del propósito expuesto por la doctrina, cual es de evitar que los contratos que confieren la tenencia de una cosa se conviertan rápidamente en un encubierto título traslaticio de dominio, en los hechos el caso en que más notoriamente se da esa circunstancia, no ha sido tutelado de manera expresa, cuales son los contratos de duración indefinida.

El problema respecto de la extensión de la inoponibilidad a los contratos de duración indefinida se encuentra en el carácter estricto de las sanciones. Solo considerando el propósito expresado por estas normas, es que debería concluirse la aplicabilidad del mismo razonamiento hacia esa clase de contratos.

Urge una decisión en orden a uniformar el tratamiento de la eficacia de los contratos de duración más o menos prolongada en el tiempo durante la administración de bienes ajenos, atendida la marcada diferencia que se produce, y que conlleva a una confusión en el fundamento común de este instituto.

Actualidad Juridica 36.indd 192 01-09-17 11:59

Bibliografía

Abeliuk Manasevich, René (2005): *Las Obligaciones* (Cuarta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio (1998): *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I y II.

Alessandri Besa, Arturo (sin año): *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno (Título XX del Libro IV del Código Civil)* (Segunda Edición, Santiago de Chile, Ediar Editores Ltda.) Tomo I y II.

Álvarez Cruz, Raúl (sin año): *La Filiación y otras Reformas al Código Civil. Ley N° 19.585* (Santiago de Chile, Imprenta Alfabeta Artes Gráficas).

Baltra Cortés, Alberto (1935): *Ensayo de una Teoría General de los Actos Inoponibles*. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (Santiago de Chile, Dirección General de Prisiones).

Barros Errázuriz, Alfredo: *Curso de Derecho Civil, Tercer Año, Primera Parte. Según el Programa aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado. Explicaciones de la clase de don* [...]. (Cuarta Edición, Santiago, Nascimento) Vol. IV.

Bécar Labraña, Emilio (2011): *De los Efectos derivados de la Resolución del Contrato entre las Partes: Evaluación del Régimen vigente en el Derecho Chileno y Proposiciones del Derecho Comparado*. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Derecho [dir. Bruno Caprile Biermann] (Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Facultad de Derecho).

Caprile Biermann, Bruno (2006): *Curso de Derecho Civil. De los Contratos y la Responsabilidad Extracontractual, Primera Parte: Los Contratos. Parte General*. Apuntes de clases (Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Facultad de Derecho).

Casarino Viterbo, Mario (1997): *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil* [act. René Rubio Estay; superv. Roberto Nahum Anuch; rev. por el autor] (Cuarta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo VI.

Castellón Munita, Juan Agustín (1991): "Nuevas consideraciones acerca de la Teoría de la Inoponibilidad", en *Gaceta Jurídica*, N° 129 Marzo: pp. 7-13.

Chacón, Jacinto (1868): *Exposición Razonada y Estudio Comparado del Código Civil Chileno* (Valparaíso, Imprenta del Mercurio de Recaredo S. Tornero) Tomo I.

Claro Solar, Luis (1979): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones* (Edición facsimilar, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo X Vol. V.

Díez-Picazo Ponce de León, Luis (1963): *La Doctrina de los Actos Propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Barcelona, Editorial Bosch).

Domínguez Águila, Ramón (2004): *La Prescripción Extintiva. Doctrina y Jurisprudencia* [colab. Francisco Escalona Riveros] (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)

Actualidad Juridica 36.indd 193 01-09-17 11:59

Domínguez Águila, Ramón (1977): *Teoría General del Negocio Jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Domínguez Dellepiane, Eleonora (1960): *De la Caducidad y sus principales diferencias con la Prescripción Extintiva*. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (Santiago, Editorial Universitaria).

Ducci Claro, Carlos (1980): *Derecho Civil, Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Ekdahl Escobar, María Fernanda (1989): *La Doctrina de los Actos Propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Escobar Cantillana, Jorge (1998): *Sinopsis Alfabética del Derecho Civil* (Santiago, Impresos Universitaria).

Figueroa Yáñez, Gonzalo (1996): *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas: Código Civil y Leyes Complementarias* (Tercera Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo ii.

Figueroa Yáñez, Gonzalo (1989): *Curso de Derecho Civil. Materiales para clases activas. Teoría de los Actos Jurídicos* (Segunda Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo ii.

Fueyo Laneri, Fernando (1959): *Derecho Civil: Derecho de Familia* (Santiago, Imprenta y Litográfica Universo) Tomo vi Vol. iii.

Gómez Castro, Fernando (1945): *El Contrato de Arrendamiento de Bienes Raíces Urbanos*. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (Santiago, Impresora Stanley).

Hinestrosa, Fernando (1999): "Eficacia e Ineficacia del Contrato", en *Revista de Derecho Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. xx: pp. 143-161.

Instituto de Capacitación e Investigación en Reforma Agraria. Departamento De Derecho y Legislación Agrarios (1986): *Exposición metódica y coordinada de la Ley de Reforma Agraria de Chile* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

Jarpa Figueroa, Marcela Fabiola y Martínez Sánchez, María Cecilia (1995): *Teoría de los Actos Propios*. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales).

Justiniano Ramírez, Julio (1993): *Curso Elemental de Derecho Civil. "Síntesis del Derecho de Familia"* (Santiago, Ediciones Jurídicas La Ley).

Lagos Villarreal, Osvaldo (2005): "Para una recepción crítica de la caducidad", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 4 Julio: pp. 81-105.

Lira Urquieta, Pedro (1945): *Derecho Civil Comparado: De la Prescripción Extintiva en el Derecho Civil Chileno*. Versiones taquigráficas de sus clases (Santiago, Editorial Universitaria).

Actualidad Juridica 36.indd 194 01-09-17 11:59

Lira Urquieta, Pedro (sin año): "El concepto jurídico de la caducidad y la prescripción extintiva", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo xxiv Primera parte sección Derecho: pp. 144-168.

López Mesa, Marcelo y Rogel Vide, Carlos (2005): *La Doctrina de los Actos Propios. Doctrina y Jurisprudencia* (Lanús Este, Editorial Reus – Editorial B de F Ltda.).

López Santa María, Jorge (2005): *Los Contratos. Parte General* (Cuarta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo i.

López Santa María, Jorge (1986): *Los Contratos. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Meza Barros, Ramón (1999): *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones* (Octava Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo i.

Meza Barros, Ramón (1995): *Manual de Derecho de la Familia* [act. María Dora Martinic y Graciela Weinstein] (Tercera Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo ii.

Meza Barros, Ramón (1989): *Manual de Derecho de la Familia* (Segunda Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo i.

Orrego Acuña, Juan Andrés (sin año): *El Contrato de Arrendamiento*. Apuntes de clases. Disponible en www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho_civil_3_pdf/civil3_el_contrato_de_arrendamiento.pdf. [Fecha de consulta: 27 de abril de 2011].

Peñailillo Arévalo, Daniel (2007): *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Peñailillo Arévalo, Daniel (2004): *Derecho Civil, Primer Año: Parte General. Teoría del Acto Jurídico. De los Bienes, la Propiedad y otros Derechos Reales*. Apuntes basados en sus explicaciones de clases (Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción).

Pescio Vargas, Victorio (1948): *Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo ii.

Pizarro Wilson, Carlos (2004): "Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil Chileno, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 2 Mayo / Agosto: pp. 225-237.

Prado Puga, Arturo (2003): "Algunos aspectos sobre la caducidad y su distinción con figuras afines", en *Gaceta Jurídica*, N° 274 Abril: pp. 7-15.

Quintero Fuentes, David (2010): "Definiciones, principios y naturalezas jurídicas como técnicas de justificación en Derecho Civil", en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.): *Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Concepción, 2009* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot / LegalPublishing): pp. 17-27.

Ramos Pazos, René (2000): *Derecho de Familia* (Tercera Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo ii.

Actualidad Juridica 36.indd 195 01-09-17 11:59

Riquelme Fuentealba, Lesliet Karina (2010): *La Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Compendio Sistemático de Normas Internacionales, Constitucionales y Legislación Nacional* (Santiago, Socolibros Ediciones)

Rossel Saavedra, Enrique (1986): *Manual de Derecho de Familia* (Quinta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Rozas Vial, Fernando (1990): *Análisis de las reformas que introdujo la Ley N.° 18.802 en relación con la capacidad de la mujer casada en sociedad conyugal y la salida de menores fuera del país* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Ruiz Illanes, Jorge (1982): *La Inoponibilidad ante la Doctrina, el Derecho Civil y la Jurisprudencia Chilena*. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas (Santiago, Universidad de Chile).

Somarriva Undurraga, Manuel (1983): *Derecho de Familia* [act. René Abeliuk Manasevich] (Santiago, Ediar Editores Ltda.) Tomo i y ii.

Somarriva Undurraga, Manuel (1954): *Derecho Sucesorio*. Explicaciones de clases revisadas por el profesor. Versión de René Abeliuk M. (Santiago, Nascimento) Tomo i.

Somarriva Undurraga, Manuel (sin año): *Derecho Civil, Segundo Año, Segunda Parte: La Fuente de las Obligaciones*. Apuntes basados en las explicaciones de clases del profesor [...], en Carlos Weiss y Héctor Carreño (editores) (Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales) Tomo ii.

Tavolari Oliveros, Raúl (1986): "De la aceleración, la interrupción de la prescripción de la acción ejecutiva y la doctrina de los actos propios en el proceso. Informe en Derecho", en *Gaceta Jurídica*, N° 188 Febrero: pp. 88-102.

Troncoso Larronde, Hernán (1991): *Derecho de Familia* (Concepción, Ediciones Universidad de Concepción).

Vera Moraga, Nelson (2007): *Derecho Civil, Cuarto Año: Derecho de Familia y Derecho Sucesorio*. Apuntes basados en sus explicaciones de clases (Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción).

Vodanovic H., Antonio (director); Esquivel, Pedro e Yrarrázaval, Carlos (colab.): (1967): *Ley de Reforma Agraria. Ley N.° 16.640, publicada en el "Diario Oficial" de 28 de Julio de 1967* (Santiago, Nascimento).

Actualidad Juridica 36.indd 196 01-09-17 11:59

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN INTERNET

SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE PROTECTION OF PERSONAL DATA ON THE INTERNET

Isabel Warnier Readi[*]
Silvestre Díaz Tomic[**]

Resumen: En el presente artículo abordaremos la problemática de la publicación de los datos personales en Internet y su asociación pública e indefinida en el tiempo cuando estos datos perjudican a sus titulares. En este contexto, analizaremos las posibles herramientas a través de las cuales los titulares pueden recurrir a la justicia para impedir o bloquear la información, permitiendo, así, que el informado no siga figurando en Internet cuando la publicación le daña, avergüenza o simplemente quiere borrar y olvidar.

Palabras clave: Datos personales – Internet – Derecho al olvido – Registro o Banco de datos.

Abstract: In this article we will address the issue of the publication of personal data on the Internet and its public and indefinite association in the time when these data harm their owners. In this context, we will analyze the possible tools through which the owners can appeal to the courts to prevent or block the information, thus allowing the informed not to appear on the Internet when the publication damages, embarrasses or simply wants to erase and forget.

Key words: Personal data – Internet – Right to forget – Registration or Database.

[*] Abogada Universidad del Desarrollo, candidata a Magíster en Universidad de Chile. Profesora auxiliar Instituciones Fundamentales del Derecho Privado y Derecho Civil. Experiencia como abogada asociado en Dávila y Compañía y actualmente socia en Estudio Jurídico Warnier Abogados. correo electrónico: isabelwarnier@warnierabogados.cl

[**] Abogado Universidad del Desarrollo, LLM Pontificia Universidad Católica de Chile y University of California Berkeley School of Law. Experiencia como Coordinador Regional de la Superintendencia de Insolvencia e Reemprendimiento; consejero legal en BCI Factoring y abogado asociado en Lagos y Maclean Estudio de Abogados.

Actualidad Juridica 36.indd 197 01-09-17 11:59

* * *

I. Introducción

Sabido es que el Derecho, en su aspecto objetivo, puede ser entendido como un conjunto de normas y principios destinados a regular la vida del hombre en sociedad. Donde existan dos o más personas humanas, necesariamente debe existir el Derecho.

Sabido es también que la sociedad cambia y evoluciona con el transcurso de los años y que, por lo tanto, para que el Derecho se mantenga útil y eficiente, es necesario que se adapte a dichas evoluciones sociales.

La adaptación del Derecho se produce de variadas formas, no siendo la creación de nuevas normas la única herramienta para lograr regular situaciones venideras que no estén expresamente previstas en estatutos jurídicos antiguos. Mientras no se dicten dichas normas que vengan a regular situaciones puntuales, existe un camino mucho más ágil, útil y simple de adaptación a los nuevos tiempos, cual es la elaboración de nuevas interpretaciones (o "adecuaciones interpretativas"[1]) sobre el sentido y alcance de las antiguas normas.

Nadie puede discutir que una de las evoluciones más importantes que ha tenido nuestra sociedad actual ha sido la llegada de Internet. Las nuevas tecnologías han significado una inmensa revolución para la sociedad global. Es, quizá, una de las más grandes revoluciones y que se presenta como el principal desafío para el Derecho y su adaptación.

Hoy, la información se encuentra, literalmente, al alcance de nuestras manos y es así como podemos obtenerla y compartirla en tan solo un instante. Además, gracias a la eficiencia de los motores de búsqueda ("buscadores"), dicha información puede permanecer asociada al nombre de un individuo de forma pública e indefinida en el tiempo.

Esto último, sin lugar a dudas, trae grandes beneficios para los usuarios, aunque también puede generar daños para aquellos que aparecen cuestionados en sus aspectos más íntimos en Internet. Nadie podría cuestionar los aspectos positivos para la libertad de expresión e información ni tampoco los negativos, en ciertos y determinados casos, para la integridad psíquica, vida privada y honra de la persona y su familia.

Así, por ejemplo, imaginemos que una información determinada es asociada al nombre de un individuo particular y considerada de "interés público" en un momento específico. Podría tratarse de un embargo, de la imputación de un delito, de la infidelidad matrimonial de un personaje público, de un litigio, etc. A propósito de ello, surge la interrogante: ¿Debe mantenerse dicha información asociada al nombre de esas personas en forma pública, perma-

[1] Este es el concepto al cual se refiere el profesor Hernán Corral, véase Corral (2016)

Actualidad Juridica 36.indd 198 01-09-17 11:59

nente e indefinida en el tiempo? O, por el contrario, ¿debemos reconocer su derecho a liberarse de esta verdadera "etiqueta digital"?

La problemática planteada por estas interrogantes han surgido como consecuencia de los efectos generados por las nuevas tecnologías, reconociéndose primero en la jurisprudencia extranjera y luego en el Derecho Comparado la existencia de un denominado "Derecho al Olvido", esto es, en términos generales, aquel derecho por el cual una persona puede exigir que, cumplidos ciertos requisitos, una determinada información deje de ser asociada al nombre de un individuo en particular.

La anterior es una definición bastante general por cierto. Sin embargo, antes de avanzar a una definición específica, cabe advertir que el Derecho al Olvido digital puede ser entendido desde dos aspectos: Por un lado, el derecho a que la información sea eliminada de la página web que la contiene, es decir, la fuente directa y original que generalmente provendrá de un medio de comunicación. Y, por otro lado, el derecho del titular a que los motores de búsqueda, quienes generan la mayor difusión de estos datos personales en la red, dejen de proveer dicha información en sus resultados a quienes la consulten cuando dicha información dejó de ser actual.

A este segundo aspecto es el que nosotros pretendemos dar mayor énfasis en el presente trabajo, por estimarlo de mayor impacto en los derechos de las personas afectadas.

En efecto, en realidad, son los motores de búsqueda los principales responsables de mantener la información asociada de manera permanente e indefinida al nombre de una persona. Así lo reconoce, por lo demás, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al fundar la responsabilidad propia de los motores de búsqueda estimando que:

> "...esta actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismos datos".

La doctrina nacional, en tanto, también ha reconocido el protagonismo de los motores de búsqueda en esta materia. Como señala el profesor Corral Talciani:

> "Esta accesibilidad se ha potenciado más aún con la aparición de los llamados motores de búsqueda (web search engines) que enlazan los sitios web que se refieren a un determinado hecho o individuo para luego sugerirlos en un listado en orden de relevancia para que el usuario pueda ubicarlos fácilmente (...) Ha sido este el problema más complejo que, de alguna manera, ha lanzado a la fama en todo el mundo, y con mucha

Actualidad Juridica 36.indd 199 01-09-17 11:59

> polémica, el derecho al olvido, ya que respecto de las fuentes directas podría aplicarse, convenientemente adaptada, la regulación del derecho a la cancelación de datos personales. Pero, ¿pueden considerarse los motores de búsqueda en internet como responsables de tratamientos de datos personales si ellos no proveen de la información, sino que dirigen a la persona a las direcciones web que son las que contienen directamente los datos?[2].

Atendido el enfoque de nuestro estudio, esto es, con énfasis en la responsabilidad de los motores de búsqueda, nos quedaremos con una definición del Derecho al Olvido más específica y, según la cual el Derecho al Olvido es:

> "aquel derecho, fundamental dicen algunos, que tienen las personas a que los enlaces que existen sobre ellas en los buscadores, que les perjudiquen y no sean pertinentes, puedan ser retirados de internet"[3].

En un sentido similar, el diario *New York Times* se ha referido a él co. mo:

> "[el] derecho legal que permite, en ciertas circunstancias, que personas (con conexiones en Europa[4]) soliciten a buscadores como Google eliminar de sus resultados de búsqueda en línea los vínculos relacionados con ellos"[5].

---

[2] Corral (2016). Este mismo autor parece inclinarse por el Derecho al Olvido en su segundo aspecto, esto es, respecto de los motores de búsqueda, señalando: "La cuestión no es fácil de resolver. Por un lado, se puede decir, como la Corte Constitucional colombiana, que los motores de búsqueda tipo Google no son responsables del contenido de las noticias, sino meros intermediarios, de modo que el derecho al olvido debiera ejercerse contra el titular de la web o URL que aloja la noticia en su servidor. Esta posición tiene la ventaja de que, suprimida la noticia en su fuente, ya no podría aparecer en ningún motor de búsqueda de internet. Pero esta posición tiene también inconvenientes serios, ya que la libertad de información se ve mucho más radicalmente afectada: si el medio digital no tiene respaldo en papel, la noticia desaparecerá para siempre. Además, si la noticia se ha difuminado por muchas páginas web, blogs o Facebook no hay manera práctica de ejercer judicial o administrativamente el derecho, siendo más factible y útil obtener que no sea enlazada en los motores de búsqueda.

Por esto, parece menos lesiva y más eficaz la legitimación pasiva preferente, si bien no exclusiva, de los motores de búsqueda".

[3] Gallo (2015).

[4] El diario *NY Times* agrega en su definición "con conexiones en Europa" puesto que, como veremos, el Derecho al Olvido hasta hoy ha encontrado su mayor consolidación en la Comunidad Europea.

[5] *The New York Times*, "Investigadores descubren falla en el "derecho al olvido" europeo, 13 de junio de 2016. Disponible en www.nytimes.com/es/2016/06/13/investigadores-descubren-falla-en-el-derecho-al-olvido-europeo/?rref=collection%2Fsectioncollection%2Farchive&action=click&contentCollection=derecho-al-olvido&region=stream&module=stream_unit&version=latest&contentPlacement=1&pgtype=collection.

Actualidad Juridica 36.indd 200 01-09-17 11:59

II. Adaptación interpretativa para invocar el Derecho al Olvido en juicio

En el presente trabajo analizaremos la adaptación del ordenamiento jurídico chileno a esta nueva realidad al no existir norma expresa que consagre el Derecho al Olvido, y de qué forma pueden los titulares de datos personales exigir que los motores de búsqueda eliminen o bloqueen determinada información de los resultados de búsqueda asilándose en este derecho a ser olvidados respecto de una determinada información que les daña o perjudica. Con este objetivo seguiremos la siguiente estructura:

A. El Derecho al Olvido: algunos antecedentes.
B. El Derecho al Olvido en el ordenamiento jurídico chileno:
C. Algunos fallos de los tribunales superiores de justicia de Chile.

A. El Derecho al Olvido: algunos antecedentes.

Aun cuando el Derecho al Olvido es un derecho que ha nacido con la aparición de Internet y, en particular, de los motores de búsqueda, podemos encontrar antecedentes que fluyen de ciertos casos y ciertos estatutos jurídicos.

En efecto, en el año 1931, un tribunal de California falló sobre el caso Melvin v. Reid[6]. Este caso trataba sobre una mujer que había dejado de ejercer la prostitución para iniciar una nueva vida apartada de ese oficio. Sin embargo, ocho años después de que dejara la prostitución, el demandado creó una película llamada "The Red Kimono", la cual develaba su pasado como prostituta, utilizando en el *film* su nombre real. La mujer se sintió gravemente perjudicada por esta situación y demandó ante la Corte, la cual concluyó que efectivamente se había vulnerado el derecho de la demandante[7].

Desde el punto de vista normativo, el Derecho al Olvido subyace, por ejemplo, en la directiva 95/46/CE del Parlamento europeo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (en adelante "la directiva"), cuya entrada en vigencia data del 24 de octubre de 1995, y la ley Nº 19.628 de Protección de Datos de Carácter Personal promulgada en Chile el año 1999 con gran influencia de la primera.

No es de sorprender que estas normas no consideraran específicamente a los motores de búsqueda como sujetos pasivos de las acciones que consagran, puesto que en dichos años esas tecnologías aún no alcanzaban las proporciones actuales. La razón de ello la encontramos en que Google, el más exitoso motor de búsqueda, recién fue fundado en agosto de 1998[8].

---

[6] Corte de Apelaciones de California (1931): Melvin v. Reid 112 Cal. App. 285,297 Pac. 91

[7] Gallo (2015)-

[8] Información obtenida de página web de la empresa: www.google.com/intl/en/about/our-story/

Actualidad Juridica 36.indd 201 01-09-17 11:59

Finalmente, el gran despegue y antecedente directo del Derecho al Olvido Digital se produce en Europa el año 2014 con una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en el caso del ciudadano español Mario Coteja. En este caso, el demandante presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos una reclamación en contra del diario *La Vanguardia* de Cataluña y Google, alegando que cada vez que un internauta introducía su nombre en dicho motor de búsqueda, obtenía como resultado vínculos hacia dos páginas del periódico señalado en las que figuraba un anuncio por una subasta de sus inmuebles relacionada con un embargo por deudas. El señor Cotejas solicitó que el diario eliminara dicha información y que Google dejará de asociar dicha noticia a su nombre, puesto que las deudas causantes de dicho embargo estaban solucionadas desde hace ya varios años. La Agencia rechazó el reclamo en contra del periódico, pero lo acogió respecto a Google. Este último recurrió en contra de la resolución para ante la Audiencia Nacional Española.

La Audiencia Nacional Española, por su parte, entendió que esto dependía de la interpretación de normas europeas ("la directiva") y, por lo tanto, decidió suspender y plantear al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales. Este último concluyó, entre otras cosas, que la actividad de Google constituye un tratamiento de datos personales, que el gestor de un motor de búsqueda (como es Google) tiene responsabilidad respecto de los datos personales que proporciona, y que, en el evento de cumplirse ciertos requisitos, las personas tienen el derecho de solicitar que la información ya no se ponga a disposición del público general mediante su inclusión en la lista de resultados proporcionados por el motor de búsqueda[9].

Con esta decisión del TJUE se abrieron las puertas de la Unión Europea al denominado "Derecho al Olvido". Cabe destacar que ello se logró, no a través de la promulgación de nuevas normas jurídicas, sino que a través la interpretación actualizada de una norma del año 1995 (directiva 95/45). En otras palabras, una verdadera actualización del derecho a las nuevas realidades sociales a través de la "adecuación interpretativa" de antiguas normas jurídicas.

Sin perjuicio de lo anterior, se encuentra aprobado el Reglamento (UE) 2016/670, de 27 de abril de 2016[10], referente a la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que contiene una reglamentación específica del derecho al olvido, pero que recién entrará en vigencia en 2018.

[9] Véase Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia Europeo disponible en: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES.

[10] Disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679.

Actualidad Juridica 36.indd 202 01-09-17 11:59

B. El derecho al olvido en el ordenamiento jurídico chileno

No cabe duda que esta materia esta íntimamente ligada a los derechos constitucionales protegidos por nuestro ordenamiento jurídico y que gran parte de la problemática gira en torno a la colisión de distintos derechos garantizados por la Constitución, específicamente, la libertad de emitir información sin censura previa, con los derechos de respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

También existen importantes tratados internacionales aplicables, ratificados por Chile, y que se encuentran vigentes. Así, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos[11] reitera los mismos derechos, esto es, por una parte la libertad de emitir y acceder a la información y, por otra, el derecho a la vida privada, a la honra y a la integridad psíquica.

Desde el aspecto de los mencionados derechos fundamentales de las personas, queda claro que aquellos que estiman que dichas garantías han sido privadas, perturbadas o amenazadas por la información que proporciona un motor de búsqueda en los resultados asociados a su nombre, tienen el derecho a ejercer la acción de protección constitucional que reconoce el artículo 20 de nuestra Constitución, sin perjuicio de la posibilidad de ejercer otras acciones a las que nos referiremos más adelante. La proporcionalidad y el transcurso de tiempo serán determinantes para preferir un derecho constitucional por sobre otro.

Quienes ejerzan esta acción constitucional deberán acreditar que la conducta del motor de búsqueda que asocia esta información a sus nombres es ilegal (esto es, contraria a algún precepto legal) o arbitraria (sin justificación razonable).

Respecto del plazo para el ejercicio de esta acción, debe considerarse que lo que se reclama es la "mantención" de la información en los resultados de los motores de búsqueda, una perturbación que es de carácter permanente en el tiempo y, por lo tanto, la acción no puede caducar mientras la perturbación permanezca vigente[12].

Por último, en el evento de que se agoten todos los recursos internos ante las autoridades chilenas, sin que se haya obtenido la adecuada protec-

[11] Artículo 5.1.: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Artículo 11: Protección de la Honra y de la Dignidad de la Persona y su familia.

Artículo 13: Libertad de pensamiento y expresión.

[12] Lamentablemente, parece ser que este punto no es aceptado por nuestros tribunales superiores de justicia ya que en la mayoría de los casos rechazan las acciones de protección por estimar que la vulneración del derecho se produjo desde su incorporación a Internet de modo tal que si han transcurrido 30 días desde dicha época el recurso de protección es extemporáneo

Actualidad Juridica 36.indd 203 01-09-17 11:59

ción a estos derechos, reconocidos por los tratados internacionales citados, existe la posibilidad de presentar una denuncia ante la Corte Americana de Derechos Humanos, dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva. Esta denuncia tiene por objetivo exigir al Estado el cumplimiento de los compromisos que ha adquirido en dicho tratado.

Sin perjuicio de lo anterior, fundado en el principio de especialidad, creemos que el Derecho al Olvido subyace en la ley Nº 19.628 sobre protección de datos personales o protección de datos de carácter personal.

1. Derecho al Olvido en la ley Nº 19.628

Si bien esta norma no se refiere expresamente a los motores de búsqueda, creemos que, siguiendo el ejemplo del TJUE, a través una "adecuación interpretativa" de sus normas se puede llegar a la legítima conclusión de que los motores de búsqueda sí se encuentran regulados por este cuerpo legal. Lo propio sucede con los titulares de aquellos datos personales que se publican en Internet y se difunden a través de estas nuevas tecnologías, quienes también se encuentran protegidos por este estatuto legal.

En efecto, el tenor literal de la ley Nº 19.628 es claro en cuanto a su generalidad y amplitud respecto a su campo de aplicación. Esto último permite que la norma se adapte ágilmente a las realidades actuales mediante la interpretación, sin necesidad de una modificación legal expresa.

A continuación, veremos los elementos más relevantes para llegar a tal aserto:

1. Norma de aplicación general para el "tratamiento de datos": El artículo 1 inciso 2º de la ley Nº 19.628 dispone:

> "*Toda persona* puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera concordante con esta ley y para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. *En todo caso*, deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de datos y de las facultades que esta ley reconoce". (El destacado es nuestro).

El tenor literal de esta disposición resulta claro en cuanto a que ella es aplicable a "toda persona" (es decir, incluidos los gestores de motores de búsqueda) que realicen tratamiento de datos y que, "en todo caso" (es decir, indistintamente de las circunstancias particulares), deberán respetarse los derechos de los titulares de los datos.

2. Significado legal amplio de "tratamiento de datos personales": De acuerdo con lo prescrito por la letra o) del artículo 2º de la ley Nº 19.628, tratamiento de datos es:

> "*cualquier* operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar,

Actualidad Juridica 36.indd 204 01-09-17 11:59

> grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en *cualquier* otra forma". (El destacado es nuestro).

Parece completamente razonable estimar que la actividad de los motores de búsqueda puede ser encasillada dentro de la descripción antedicha, ya que organiza, selecciona, interconecta y comunica datos de carácter personal. Si lo anterior no fuera suficiente, aún queda la actividad residual de tratamiento de datos personales, esto es, los *utiliza en cualquier otra forma*.

3. Significado legal amplio de "datos de carácter personal o datos personales": De acuerdo con lo previsto en el art. 2 letra f) de la ley Nº 19.628 son: "los relativos a *cualquier* información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables". (El destacado es nuestro).

Nuevamente el tenor literal de la disposición es amplio, al referirse a "cualquier" información atingente a personas naturales identificadas o identificables, como es lo que sucede con la información proporcionada por los resultados de los motores de búsqueda.

De las disposiciones antes citadas puede concluirse que la actividad que realiza Google constituye "tratamiento de datos de carácter personal" y, como tal, al igual que toda otra persona que realiza dicha actividad, debe respetar la ley Nº 19.628, realizar la actividad para finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico y, en todo caso, respetar los derechos fundamentales de los titulares de datos.

Ahora bien, los siguientes elementos pasan a demostrar que esta norma reconoce a lo menos tácitamente el Derecho al Olvido:

4. Significado legal de "datos sensibles": de acuerdo con el art. 2 letra g) de la ley Nº 19.628, datos sensibles son:

> "aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad".

Por lo tanto, si la información asociada por el motor de búsqueda al nombre de una persona determinada cumple con estas características entonces es, además de dato personal, un dato sensible.

5. Derecho al Olvido como regla general respecto de los datos sensibles: De acuerdo con lo dispuesto por el art. 10 de la ley Nº 19.628:

> *"No pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles*, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficio de salud que correspondan a sus titulares". (El destacado es nuestro).

A contrario sensu, si existe un tratamiento de datos sensibles que no califica dentro de las excepciones de la disposición legal, entonces el titular de

Actualidad Juridica 36.indd 205 01-09-17 11:59

dichos datos tiene derecho a exigir su eliminación de los resultados de búsqueda. De aquí surgiría el Derecho al Olvido respecto de los datos sensibles, como regla general.

6. Derecho al Olvido como excepción respecto de "todo" otro dato de carácter personal: De acuerdo con lo previsto por el artículo 9 inciso 2º de la ley Nº 19.628:

> "*En todo caso*, la información *debe ser* exacta, actualizada *y responder con veracidad a la situación real del titular de los datos*". (El destacado es nuestro).

En el evento de que la información no sea exacta, veraz o, bien, no se encuentre actualizada, el titular de dichos datos personales tiene el derecho a exigir su eliminación de los resultados de búsqueda proporcionados por el motor de búsqueda. De aquí surge el Derecho al Olvido respecto de todo dato de carácter personal (sea o no sensible), como una excepción.

De esta forma, si la prostituta dejó de ejercer su oficio, el deudor pagó la deuda, el condenado cumplió la pena y se rehabilitó, el motor de búsqueda, en tanto tratador de datos personales, debe bloquear la información que no responde a la realidad actual del sujeto consultado.

2. Acciones judiciales para el ejercicio del Derecho al Olvido:

La ley Nº 19.628 confiere una acción judicial especial contra de los "responsables del banco (de datos)" que realicen tratamiento de datos personales. Creemos que no cabe duda que son responsables de los bancos de datos aquellos que almacenan la información en sus servidores, es decir, quienes constituyen la "fuente directa". La duda surge respecto de los motores de búsqueda, quienes no almacenan dicha información: ¿Pueden ser considerados "responsables de los bancos de datos"?

Al respecto deben considerarse las siguientes definiciones entregadas por la ley Nº 19.628:

1. Registro o banco de datos. Una definición legal amplia que no se refiere exclusivamente a la fuente de almacenamiento de la información: De acuerdo con el art. 2 letra m de la ley Nº 19.628, es:

> "El *conjunto organizado de datos* de carácter personal, sea automatizado o no y *cualquiera* sea la forma o modalidad de su creación u organización, que permita relacionar los datos entre sí, *así como realizar todo tipo de tratamiento de datos*". (El destacado es nuestro).

Claramente esta definición no hace referencia a la persona como sujeto jurídico, sino que a la organización de los datos. En otras palabras, son características que deben reunir el conjunto de los datos personales de cuyo tratamiento se trata y no el sujeto que realiza el tratamiento.

Actualidad Juridica 36.indd 206 01-09-17 11:59

Hecha la aclaración anterior, estimamos que aquel conjunto de datos respecto del cual los motores de búsqueda realizan tratamiento de datos puede ser comprendidos bajo esta definición ya que la definición legal no se refiere en términos exclusivos al "almacenamiento", sino que incluye la "organización" de datos de una forma que permita la relación entre ellos, cuestión que claramente abarca los datos utilizados por los motores de búsqueda.

2. "Responsable del registro o banco de datos": De acuerdo con el art. 2 letra h, es:

> "La persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal".

Esta es la definición más relevante a la hora de determinar si el gestor del motor de búsqueda es (o no) sujeto pasivo de la acción judicial especial contemplada por la ley Nº 19.628. ¿Son ellos los encargados de tomar las decisiones relacionadas con el tratamiento de datos de carácter personal? Estimamos que la respuesta es positiva. Tanto es así que Google, por ejemplo, tiene un procedimiento a través del cual acepta solicitudes para la eliminación de información y luego "decide" si las borra o no.

Respecto a este último punto, el TJUE con normas bastante similares a las nuestras llega a la misma conclusión. En efecto, el tribunal comienza planteando la interrogante respecto a la responsabilidad del gestor del motor de búsqueda, en relación con la definición legal y señala en el párrafo 33:

> "En cuanto a si el gestor de un motor de búsqueda debe o no considerarse 'responsable del tratamiento' de los datos personales efectuado por dicho motor en el marco de una actividad como la controvertida en el litigio principal, debe recordarse que el artículo 2, letra d), de la Directiva 95/46 define al responsable como «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales".

El Tribunal da una respuesta positiva en el párrafo siguiente (33) afirmando:

> "...el gestor del motor de búsqueda es quien determina los fines y los medios de esta actividad y, así, del tratamiento de datos personales que efectúa él mismo en el marco de ésta y, por consiguiente, debe considerarse 'responsable' de dicho tratamiento en virtud del mencionado artículo 2, letra d)".

Finalmente, en el párrafo 34, el tribunal funda su conclusión en sólidos argumentos interpretativos, que dicen relación con el tenor literal y también con el espíritu de la ley. Al respecto, argumenta:

Actualidad Juridica 36.indd 207 01-09-17 11:59

> "...sería contrario, no sólo al claro tenor de esta disposición sino también a su objetivo, consistente en garantizar, mediante una definición amplia del concepto de 'responsable', una protección eficaz y completa de los interesados, excluir de esta disposición al gestor de un motor de búsqueda debido a que no ejerce control sobre los datos personales publicados en las páginas web de terceros".

En conclusión, creemos que, al igual que sucedió en Europa, con normas muy similares a las nuestras, no es necesario modificar la ley Nº 19.628 para reconocer el Derecho al Olvido que tienen los titulares de datos personales. Una interpretación moderna, pero, al mismo tiempo, leal con el tenor y espíritu de la norma permite concluir que el gestor de los motores de búsqueda efectúa tratamiento de datos personales y que existe el Derecho al Olvido respecto de los motores de búsqueda y que también hay una acción judicial especial en contra de ellos, en virtud de lo dispuesto por la ley Nº 19.628, según la cual si el responsable del registro o banco de datos no se pronunciare sobre la solicitud del requirente dentro del plazo o la denegare por una causa improcedente, el titular de los datos tendrá derecho a recurrir ante el juez de letras en lo civil, solicitando amparo de los derechos de modificación, cancelación o bloqueo de los datos (art. 16).

No obstante, si la situación tiene carácter de urgencia (como comúnmente ocurrirá con la privación, perturbación o amenaza de derechos fundamentales como la honra y la vida privada), queda aún a disposición del titular de datos la acción constitucional del art. 20 de nuestra Carta Fundamental.

C. *Algunos fallos de nuestros tribunales superiores de justicia que inciden en esta materia.*

• *Fallos que han reconocido el Derecho al Olvido en Chile*

1) Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, julio de 2012[13]

En este caso, quien actualmente se desempeña como fiscal nacional del Ministerio Público, Jorge Abbott Charme, presentó un recurso de protección en contra de ciertas páginas web que contenían información injuriosa y calumniosa contra él y su familia. La Corte acogió la acción constitucional de protección, considerando:

> "Que, conforme al mérito de los antecedentes, no cabe la menor duda que, tanto el recurrente como su familia, han sido afectados por publicaciones difundidas en internet, en las páginas que se mencionan en el

[13] Corte de Apelaciones de Valparaíso (2012) Rol Nº 228-2012, Abbot Charme v. Google.

Actualidad Juridica 36.indd 208 01-09-17 11:59

> recurso, en donde se les formulan graves imputaciones en contra de su honra referida concretamente al respeto y protección a la vida privada y pública de todo sujeto y de su familia (...)"[14].

Sobre la base de lo anterior, la sentencia ordena eliminar dicha información de las páginas web y, lo que es más destacable aún, que el motor de búsqueda efectúe los filtros en los resultados que proporciona respecto al recurrente. En este sentido la sentencia dispuso:

> "Que el buscador 'google.cl' establezca, computacionalmente, los filtros necesarios, para evitar publicaciones que presenten inequívocamente publicaciones de carácter injurioso, o de cualquier tipo y bajo cualquier circunstancia, siempre que en esa publicación se incurra en una afectación constitucional como la mencionada, todo ello bajo los apercibimientos que establece el citado del Auto Acordado sobre la materia".

Si bien es una sentencia bastante sucinta, de ella puede desprenderse que la Corte de Apelaciones de Valparaíso reconoce el "Derecho al Olvido Digital", y encuentra su fuente directa en el derecho garantizado por el art. 19 Nº 4 de la Constitución.

2) Excelentísima Corte Suprema, enero 2016[15]

Este es probablemente el fallo más relevante en Chile respecto al Derecho al Olvido, por dos razones: Primero porque es dictado por la máxima autoridad judicial del país y luego puesto que, como consigna Corral, "todos los jueces, tanto de la mayoría como la disidente, estuvieron de acuerdo en que sí existe un 'derecho al olvido' "[16].

En esta sentencia, que resguarda la identidad de los interesados, la Corte Suprema conceptualiza el Derecho al Olvido, lo reconoce como parte de nuestro ordenamiento jurídico, encontrando su fuente directa en los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales, y, por último, lo justifica principalmente por el efecto producido por el transcurso del tiempo. A continuación, distinguiremos estos tres elementos que nos parecen de la mayor relevancia:

- *Conceptualización del Derecho al Olvido*: Siguiendo a la doctrina española, la Corte Suprema conceptualiza el Derecho al Olvido de la siguiente forma:

[14] Corte de Apelaciones de Valparaíso (2012) Rol Nº 228-2012, Abbot Charme v. Google, considerando 1°.

[15] Tercera Sala de la Corte Suprema (2016) Rol Nº 22243-2015 un elemento clave para determina, como: importante destacar es queerdo a la opinie en opinicomo un elemento clave para determina.

[16] Corral (2016).

Actualidad Juridica 36.indd 209 01-09-17 11:59

> "frente a las ingentes posibilidades que ofrece la informática, el derecho al olvido pretende garantizar la privacidad, el libre desarrollo y la evolución de las personas, evitando la persecución constante del pasado. Así, cuando hablamos de 'derecho al olvido' hacemos referencia a posibilitar que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando éstas lo decidan; el derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene"[17].

– *Reconocimiento del Derecho al Olvido como parte del ordenamiento jurídico nacional:* El máximo tribunal señaló:

> "(...) no cabe duda que nuestro ordenamiento jurídico protege el honor y vida privada de las personas en cuanto tales, incluso antes y después de su constitución jurídica; y que sistemáticamente ha venido recogiendo la tendencia mundial de *reconocer el derecho al olvido* respecto de conductas reprochable de las personas –sean estas penales, civiles o comerciales– después de un lapso de tiempo, como una forma de reintegrarlas al que hacer social"[18]. (El destacado es nuestro).

Cabe resaltar que de acuerdo con los magistrados, el Derecho al Olvido en Chile tendría su fuente directa en los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales, puesto que se declara que para determinar la existencia, alcance, garantías y límites del "Derecho al Olvido", "no existe, por ahora, una solución legislativa expresa sobre este tema"[19].

– *Factor Tiempo como elemento clave para la configuración del Derecho al Olvido*: Finalmente, otro aspecto que nos parece importante destacar es que de acuerdo a esta sentencia, el factor tiempo se reconoce como un elemento clave para determinar si procede el resguardo del derecho de información o, por el contrario, el derecho al olvido del titular de los datos. Esto puesto que, de acuerdo a la opinión de los magistrados,

> "si el paso del tiempo hace perder el interés y la información ocasiona daño a los derechos fundamentales involucrados, la mantención de la misma no estaría justificada"[20].

Esta conclusión se desprende de varios considerandos de la sentencia. Así, por ejemplo, los jueces estimaron que no existiría una colisión real entre el derecho a la información y el derecho a la vida privada y honra de la persona y de su familia, puesto que:

[17] Tercera Sala de la Corte Suprema (2016) Rol 22243-2015, considerando 5°.
[18] *Op. cit.*, considerando 4°, párrafo tercero.
[19] Pica, (2016).
[20] *Op. cit.*

Actualidad Juridica 36.indd 210 01-09-17 11:59

> "cada uno tiene una esfera de acción propia que puede llegar a superponerse durante un tiempo, en el que es necesaria y útil la información pública frente al derecho personal que pueda invocarse, pero que decae con la extensión de dicho *transcurso de tiempo*; y en cambio deviene en atrabiliaria e inútil tanto para el derecho del individuo afectado para reintegrarse a plenitud a la sociedad, como para esta última de conseguir la pacificación que le interesa primordialmente y que una noticia caduca no facilita". (El destacado es nuestro).

Respecto de esta sentencia de la Corte Suprema hay que aclarar que, a diferencia de lo ocurrido con la ICA de Valparaíso, ella no ordenó a los motores de búsqueda filtrar la información sino que más bien, se refirió directamente a la fuente principal, limitándose a ordenar que el propietario de la página web (un reconocido periódico nacional) eliminaría la noticia. No obstante, es un gran paso en el avance al reconocimiento de este derecho en nuestro país.

• *Fallos en contra de los recurrentes de protección*

1. Causa N° 45.790/2014 de la ICA de Santiago,
de 25 de septiembre de 2014:

Una ciudadana croata al ingresar su nombre en el buscador de Google se da cuenta que este la vincula a un blog que señala que ella estaría infectada con VIH. Por ello interpone recurso de protección en contra de Google, fundándolo en el derecho a la honra.

Al momento de decidir, la Corte constata que dicho blog había sido eliminado y, por lo tanto, el recurso habría perdido oportunidad, en virtud de lo cual se rechaza la acción.

No obstante, este fallo resulta particularmente interesante toda vez que se pronuncia respecto al "Derecho al Olvido" reconocido por el Tribunal de Justicia Europeo y cómo este se adecuaría a la realidad nacional.

2. Causa N° 61.833/2014 de la ICA de Santiago,
de 3 de noviembre de 2014:

El recurrente interpone la acción en contra de Google por vincular su nombre a un sitio web que lo trata de estafador, lo cual vulneraría su derecho a la integridad psíquica y honra.

La Corte rechaza la acción por estimar que la acción es extemporánea. Además, señala que la acción debió dirigirse contra las páginas en las cuales se encuentran almacenados los datos y no contra el motor de búsqueda.

Creemos erróneo el argumento conforme al cual la acción de protección fue interpuesta de manera extemporánea porque por una parte la publicación es permanente y por otra para que algo se deba olvidar necesariamente deben transcurrir más de treinta días corridos.

Actualidad Juridica 36.indd 211 01-09-17 11:59

3. Causa N° 1857/2015 de la ICA de Temuco,
de 5 de agosto de 2015:

Los recurrentes solicitan la eliminación de ciertos blogs en los cuales se hace mención a sus datos, por atentar contra su integridad psíquica y honra.

En este caso se toma en particular consideración el contexto toda vez que se trata de blogs que fueron creados por quien fuera condenado por los delitos de abuso sexual, abuso sexual infantil en carácter de reiterados y estupro, todos configurados en contra de las recurrentes.

Cabe aclarar que en este caso se ordena la eliminación de la publicación de un blog (registro de datos) de propiedad de Google y no que el motor de búsqueda se inhiba de proporcionar los vínculos a él.

Una particularidad de esta causa, que parece estar relacionada con lo anterior, es que analizó la cuestión como una ponderación de garantías constitucionales entre los derechos de integridad psíquica de la persona, y la garantía al respecto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, en relación con la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio (...).

Finalmente, cabe destacar que en este caso al discutirse la oportunidad de la acción, se estimó que los actos ilegales se configuraban por la "mantención" de estos datos en las plataformas web de propiedad de Google y, por lo tanto, estos serían de carácter permanente.

4. Sentencia ICA Santiago, rol Nº 14966-2017
de 18 de abril de 2017

En esta sentencia, la Corte rechazó la acción de protección deducida por una mujer condenada como encubridora de un delito de homicidio quien, luego de cumplir la pena, pretendía que se eliminara esta información por parte del buscador Google.

La particularidad de este fallo, que cita en su argumentación una sentencia de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación (Argentina), es que hace irresponsable a Google por las publicaciones de terceros, pues no tendría

> "la obligación general de 'monitorear' los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web".

5. Sentencia ICA Santiago de 12 de abril de 2017,
rol 127.959-2017.

Destacamos en esta sentencia, sin que sea necesario referirnos al fondo del asunto, puesto que los sentenciadores estimaron, para rechazar un recurso de protección deducido en contra de Google, que los motores de búsqueda como Google, de acuerdo con el artículo 85 P de la ley Nº 17.336, sobre propiedad intelectual, no tienen la obligación de supervisar los datos que

Actualidad Juridica 36.indd 212 01-09-17 11:59

transmitan, almacenen o referencien, es decir, no tienen la obligación general de monitorear los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web.

6. Sentencia ICA Santiago, Rol Nº 127.496-2016
de 27 de marzo de 2017

Esta sentencia, dictada con el voto en contra del fiscal judicial Sr. Norambuena, en acuerdo ante la Exma. Corte Suprema desde el 31 de mayo de 2017, se recurre de protección en contra de Google y varias empresas periodísticas.

Se pretende que se declare que existe una vulneración de los derechos fundamentales consignados en los números 1, 4 y 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y se establezca que procede la aplicación del Derecho al Olvido.

Para fundar la acción, señala el recurrente que hace ocho años se le sindicó en la prensa como autor de un asalto e intento de abuso sexual a una mujer, sin que a dicha fecha existiera sentencia que así lo declarara, pues ese hecho había ocurrido ese mismo día, por lo que en esa oportunidad sólo se le haría un control de detención... Sólo con posterioridad a dicha fecha, teniendo dieciocho años de edad, aceptó un procedimiento abreviado, siendo condenado como autor de los delitos de abuso sexual, hurto y lesiones graves, otorgándosele el beneficio de la remisión condicional de la pena, quedando bajo observación de Gendarmería por el término de tres años, lo que cumplió el año 2012, eliminándose dichos antecedentes penales el 27 de octubre de 2014, en virtud del D.L. 409.

Destacamos en este fallo las siguientes consideraciones:

a) Al haberse alegado extemporaneidad del recurso por parte de las recurridas, reconoce que ella debe ser desestimada por cuanto

> "no es posible contabilizar el plazo para interponer esta acción constitucional desde la fecha de publicación de la noticia cuya eliminación pretende el actor, pues ello se verificó en septiembre del año 2008 y a esa fecha obviamente no era factible para el recurrente invocar un eventual 'derecho al olvido' ya que la noticia en ese entonces era de actualidad"

b) Que rechaza la acción de protección por cuanto no existiría ley que obligara al buscador o a los sitios de Internet a borrar una noticia que en su oportunidad fue publicada en ejercicio de la libertad de expresión.

En sentido contrario el voto del disidente, y que estuvo por acoger el recurso de protección, esgrimió las siguientes razones:

a) Que el Derecho al Olvido forma parte del contenido esencial de la garantía que asegura el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona, porque en muchos casos, las personas pueden subir datos personales a la web, siendo niños, adolescentes o en diversas circunstancias personales de su vida, y tienen derecho a que ellos no sean eterna-

Actualidad Juridica 36.indd 213 01-09-17 11:59

mente difundidas y conocidas por terceros, cuando han cambiado las circunstancias y la persona manifiesta su deseo a que no permanezcan al dominio público, por interferir en su vida privada y la menoscaben;

b) que el buscador realiza un tratamiento de datos, al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica;

c) respecto a la colisión de derechos fundamentales y la aplicación del principio de proporcionalidad, se debe considerar en este análisis, que al confrontar el derecho a emitir opinión o al deber de informar que alegan las recurridas, versus la protección al honor y la vida priva privada del recurrente, el transcurso de tiempo es un elemento importante a considerar. Lo anterior, porque no puede decirse que el actuar de las empresas periodísticas recurridas se encuentre actualmente justificado por el derecho que tiene toda persona a emitir opinión o a la de informar, porque ello se efectuó sin que mediara colisión alguna, el día 20 de septiembre de 2008, pero no puede decirse que dicha circunstancia se mantenga, salvo recurriendo a una ficción. Las alegaciones que hacen las recurridas en tal sentido, en cuanto se trasladan a esa fecha, ya sea para alegar la extemporaneidad y el ejercicio legítimo de un derecho, carecen de sentido y no se centran en la controversia jurídica que ha esgrimido el recurrente, y que esta Corte se encuentra obligada a resolver.

III. Conclusiones finales

Ya hemos dicho que el Derecho debe adaptarse a la realidad actual para ser útil y eficiente. Esta adaptación, que puede efectuarse a través de una "adecuación interpretativa" de las normas vigentes, siempre debe respetar ciertos principios imperantes para nuestro Derecho: Uno de ellos, sin duda alguna, es el respeto a los derechos fundamentales de las personas. Otro, también, es el principio de responsabilidad en virtud del cual las personas deben hacerse cargo de los daños que causen con culpa o dolo. Pues bien, cabe preguntarse, ¿por qué habrían de quedar los gestores de motores de búsqueda en un verdadero limbo jurídico, dentro del cual puedan ejercer su negocio sin ninguna responsabilidad? ¿Cuál es la justificación en virtud de la cual se les permitiría perturbar libremente los derechos fundamentales de los titulares de datos personales? Claramente, de no existir otro interés primordial en juego (como podría ser un interés público de difundir la información), no corresponde liberar a los gestores del motor de búsqueda, como Google, de la responsabilidad que acarrea el ejercicio de su negocio.

Bajo la premisa anterior, estimamos que una interpretación correcta y moderna de las normas jurídicas vigentes en nuestro sistema jurídico permiten llegar a la conclusión de que el Derecho al Olvido sí se encuentra recono-

Actualidad Juridica 36.indd 214 01-09-17 11:59

cido (ya sea como derecho autónomo o derivado de otros derechos), no solo respecto de quien almacena la información en su página web sino, también, de los gestores de los motores de búsqueda, quienes la propagan asociándola pública e indefinida al nombre de una persona determinada.

Los fallos de nuestros tribunales superiores de justicia no son muy alentadores, pues salvo en escasas excepciones, entienden que Google no es responsable al reenviar una determinada búsqueda a la fuente de origen, sin importar el tiempo transcurrido ni la situación actual en la que se encuentra una determinada persona.

Creemos que si existe vulneración a la honra de la persona y su familia por una determinada publicación que perdió cualquier tipo de interés nacional, el buscador de Internet debe, una vez requerido, bloquear dicha información por el derecho que le asiste a todas las personas a que se informe su situación actual (tal como lo ordena el artículo 9º de la ley Nº 19.628), dejando aparte o en el olvido información que le perjudica.

Sea que el Derecho al Olvido sea un derecho autónomo o devenga de otros derechos, la persona informada y que se encuentre afectada por una publicación, puede exigir, ya sea a través de la acción prevista en el artículo 16 de la ley Nº 19.628, el recurso de protección o la acción ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en última instancia, que dicha información sea eliminada o bloqueada de los motores de búsqueda que proporciona Internet, observando, claro está, los criterios de proporcionalidad, transcurso del tiempo y situación actual del titular del dato personal que se pretende olvidar.

Bibliografía

Corral, Hernán (2016): "El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica" en *Revista Jurídica Digital U Andes*, Vol. 1 N° 1 (2017): pp. 43-66.

Gallo, Juan Antonio (2015): *El Derecho al Olvido en Internet. Una Propuesta de Solución: del caso de Google al big data* (USA, CreateSpace, Independent Publishing Platform).

Ica, Rodrigo (2016): "El Derecho Fundamental al Olvido en la Web Y el Sistema Constitucional Chileno", en *Estudios Constitucionales*, Año 14 N° 1: pp. 309-318 Disponible en www.scielo.cl/pdf/estconst/v14n1/art10.pdf [fecha de consulta: 17 de mayo de 2017].

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de California (1931): Melvin v. Reid 112 Cal. App. 285,297 Pac. 91, 1931.

Corte de Apelaciones de Valparaíso (2012): Rol N° 228-2012, 30 de julio de 2012.

Actualidad Juridica 36.indd 215 01-09-17 11:59

Corte Suprema (2016): Rol N° 22.243-2015, de enero de 2016.

Corte de Apelaciones de Santiago (2014): Rol N° 45.790-2014, 25 de septiembre de 2014.

Corte de Apelaciones de Santiago (2014): Rol N° 61.833-2014, 3 de noviembre de 2014.

Corte de Apelaciones de Temuco (2015): Rol N° 1857-2015, 5 de agosto de 2015.

Corte de Apelaciones de Santiago (2017): Rol N° 14.966-2017, 18 de abril de 2017.

Corte de Apelaciones de Santiago (2017): Rol N° 127.959-2017, 12 de abril de 2017.

Corte de Apelaciones de Santiago (2017): Rol N° 127.496-2016, 27 de marzo de 2017.

Actualidad Juridica 36.indd 216 01-09-17 11:59

DELITO TRIBUTARIO Y DELITO DE LAVADO DE DINERO O ACTIVOS EN EL DERECHO CHILENO

TAX CRIME AND MONEY LAUNDERING LAWS IN CHILE

*Jaime García Escobar**

RESUMEN: Este artículo tiene por objetivo analizar el delito tributario base para la comisión del delito de lavado de dinero o de activos, que tipifica el artículo 27 de la ley N° 19.913, de 2003, que no es otro que aquel establecido en el inciso tercero del numeral cuarto del artículo 97 del *Código Tributario*, esto es, la obtención indebida de devoluciones de impuesto.

PALABRAS CLAVE: Delito tributario – Lavado de dinero – Ley N° 20.818 – Secreto o reserva bancaria.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the basic tax offense for the commission of the money laundering or asset crime, which typifies article 27 of Law Nº 19.913 of 2003, which is none other than that established in the third Numeral number of article 97 of the Tax Code, that is, improper collection of tax refunds.

---

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster en Economía y Gestión para Abogados; trabajó en el Servicio de Impuestos Internos y en el Consejo de Defensa del Estado. Actualmente ejerce la profesión como Director de Litigios en la consultora BDO.

Jefe del Departamento de Derecho Tributario de la Escuela de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Profesor de pregrado de la Escuela de Derecho de la Universidad Andrés Bello y de la Universidad del Desarrollo; Profesor de posgrado del Magíster en Derecho Tributario y Diplomado en Tributación y Planificación Tributaria en la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile; del Magíster en Tributación de la Universidad Finis Terrae y del Diplomado en Tributación de la Universidad del Desarrollo; profesor de la Academia Judicial.

Autor de los siguientes libros: *Reformas tributarias ley N° 19.738*; *Infracciones tributarias no constitutivas de delito*; *Curso sobre delitos e infracciones tributarias*; *Elusión, planificación y evasión tribu*taria; *Prescripción en materia tributar*ia y *Tribunales tributarios y aduaneros.* Publicación de artículos en diversas revistas especializadas.

Exdirector del Instituto Chileno de Derecho Tributario. Miembro de las comisiones tributarias de la Cámara Nacional de Comercio y del Colegio de Abogados. Correo electrónico: jaime.garcia@jaimegarcia.cl

Actualidad Juridica 36.indd 217 01-09-17 11:59

Key Words: Tax Offense – Money Laundering – Law No. 20.818 – Secrecy or Banking Reserve.

* * *

El presente artículo tiene por objetivo, realizar un análisis del delito tributario que resulta ser base para la comisión del delito de lavado de dinero o de activos en Chile. Al efecto, el artículo 27 de la ley N° 19.913[1], de 2003,

[1] El artículo 27 de la ley N° 19.913 establece: "Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley Nº 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley Nº 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley Nº 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley Nº 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley Nº 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, Ley General de Bancos; en el artículo 168 en relación con el artículo 178, Nº 1, ambos del decreto con fuerza de ley Nº 30, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley Nº 213, del Ministerio de Hacienda, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas; en el inciso segundo del artículo 81 de la ley Nº 17.336, sobre propiedad intelectual; en los artículos 59 y 64 de la ley Nº 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile; en el párrafo tercero del número 4º del artículo 97 del *Código Tributario*; en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del *Código Penal*; en los artículos 141, 142, 366 quinquies, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies, y los artículos 468 y 470, Nº 8, ambos en relación con el inciso final del artículo 467 del *Código Penal* o, bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.

b) El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito.

Se aplicará la misma pena a las conductas descritas en este artículo si los bienes provienen de un hecho realizado en el extranjero, que sea punible en su lugar de comisión y en Chile constituya alguno de los delitos señalados en la letra a) precedente.

Para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos.

Si el autor de alguna de las conductas descritas en las letras a) o b) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo al inciso primero o final de este artículo será rebajada en dos grados.

La circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico de los señalados en la letra a) del inciso primero no requerirá sentencia condenatoria previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo.

Actualidad Juridica 36.indd 218 01-09-17 11:59

modificada por la ley N° 20.818[2], agregó como delito base del delito de lavado de dinero o de activos, aquel tipificado en el inciso tercero del numeral cuarto del artículo 97 del D.L. N° 830, de 1974, sobre *Código Tributario*[3].

Según la Unidad de Análisis Financiero[4], el lavado de dinero o de activos, busca ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, propiedad o control del dinero, bienes obtenidos ilegalmente o ambos. Implica introducir en la economía activos de procedencia ilícita, dándoles apariencia de legalidad al valerse de actividades lícitas, lo que permite a delincuentes y organizaciones criminales disfrazar el origen ilegal de su producto, sin poner en peligro su fuente.

Como bien señalan Bublitz Ortíz[5] y Franco[6], el lavado es un proceso, es una secuencia de actividades. La primera etapa es la "colocación, inyección o incorporación". Esta implica deshacerse materialmente de grandes sumas de dinero en efectivo. Para ello se colocan importantes cantidades a través de establecimientos financieros, recurriendo a la economía al por menor (*smurf*) o trasladándolo al extranjero. Se trata de ocultar el origen de los productos ilícitos mediante la realización de numeras transacciones financieras que se amontonan dificultando el descubrimiento del origen de los bienes. Los mecanismos más utilizados para ingresar el dinero al sistema financiero, son: Operaciones en casas de cambio; compras de vales vista, cheques viajeros, giros postales, envíos de dinero por sistemas de correo o transferencias internacionales de persona a persona, servicios telegráficos; cambios habituales de dinero efectivo en divisas; tarjetas de crédito que se usan para efectuar anticipos de pago a ella en cantidades no relevantes, obteniendo un saldo acreedor, para después de unos días, solicitar la cancelación de la tarjeta y la devolución del

Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a esta.

En todo caso, la pena privativa de libertad aplicable en los casos de las letras a) y b) no podrá exceder de la pena mayor que la ley asigna al autor del crimen o simple delito del cual provienen los bienes objeto del delito contemplado en este artículo, sin perjuicio de las multas y penas accesorias que correspondan en conformidad a la ley".

[2] www.bcn.cl

[3] El inciso tercero del numeral cuarto del artículo 97 del *Código Tributario*, sanciona: "El que, simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del cien por ciento al cuatrocientos por ciento de lo defraudado".

[4] La Unidad de Análisis Financiero (UAF) es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se relaciona con el (la) Presidente (a) de la República de Chile, a través del Ministerio de Hacienda. Se creó mediante la ley N° 19.913, que se publicó en el *Diario Oficial* el 18 de diciembre de 2003. Disponible en www.uaf.cl/lavado/

[5] Bublitz (2006).

[6] Franco (2011).

Actualidad Juridica 36.indd 219 01-09-17 11:59

saldo; anticipos a proveedores; depósitos de grandes cantidades de dinero en cajas de seguridad nocturna o de hoteles,con lo que se evita el tener trato con personal del banco; adquisición de antigüedades u objetos de arte en subastas, las que luego se subfacturan; en España se ha utilizado la compra de activos financieros opacos contra entrega de efectivo (letras o pagarés del Tesoro y Deuda Pública Especial, posteriormente, emitidas, por las distintas administraciones públicas para facilitar el afloramiento, sin sanciones fiscales o administrativas y durante los periodos legalmente establecidos, del llamado dinero negro, o de ilícita procedencia), a través de sociedades mercantiles interpuestas, constituidas por familiares, y así poder evitar el control por las haciendas públicas y la investigación criminal de los hechos; certificados de casinos que acreditan ingresos obtenidos en juegos de azar; *brokers* de piedras preciosas y otros negocios en los que es habitual el manejo de importantes montos en efectivo, tales como: bares, hoteles, actividades gastronómicas, supermercados, lavanderías, cadenas de farmacias. Superada esta fase, el dinero queda lavado.

La segunda etapa se denomina: "Decantación, estratificación o apilamiento". Se trata de agrupar en una o algunas cuentas muchos certificados, instrumentos y papeles derivados del "lavado en pequeña escala". Aquí se ha afiatado el lavado así como las ganancias ilícitas se han alejado de su origen y estos fondos se encuentran protegidos por el secreto bancario.

La tercera etapa, denominada "Blanqueo o reciclaje e integración", consiste en que los dineros ya lavados tienen una explicación aparentemente satisfactoria respecto de la legitimidad de su origen. Existe una confusa secuencia de variadas transacciones de un lugar a otro, todo bajo la apariencia de operaciones de comercio exterior con empresas de papel o que poseen giro efectivo, pero vinculadas a los delincuentes.

Las operaciones toman las formas de transferencias, depósitos, préstamos e inversiones en otros países, las que se dan vuelta y entrecruzan creando situaciones difíciles de aclarar. El proceso final es el traslado de los recursos hacia su destino de término, por ejemplo, aquellos valores que provienen de la droga se transforman a las diversas actividades productivas. Una parte de los recursos se reinvierten en actividades generadoras de dinero ilícito y lo que se obtiene se deriva hacia actividades económicamente lícitas. Si lo anterior resulta exitoso, se efectúa una mayor cantidad de transacciones para lograr disgregar los rastros del dinero original, con lo que resulta en extremo difícil reconstruir su procedencia.

Un elemento fundamental en la lucha contra el lavado de dinero o de activos es el levantamiento del secreto bancario. En esta materia, en Chile el artículo 154 del decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, sobre Ley General de Bancos[7], establece dos instituciones: El secreto bancario y la reserva ban-

[7] www.bcn.cl

Actualidad Juridica 36.indd 220 01-09-17 11:59

caria. A la primera de ellas se refiere el inciso primero de la citada norma, señalando:

> "Los depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio".

Por su parte, el inciso segundo de esta misma disposición se refiere a la reserva bancaria, expresando:

> "Las demás operaciones quedan sujetas a reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente. No obstante, con el objeto de evaluar la situación del banco, éste podrá dar acceso al conocimiento detallado de esas operaciones y sus antecedentes a firmas especializadas, las que quedarán sometidas a la reserva establecida en este inciso y siempre que la superintendencia las apruebe e inscriba en el registro que abrirá para estos efectos".

Ahora bien, a fin de impedir la aplicación de las normas sobre secreto y reserva bancaria, la letra b) del artículo 2 de la ley Nº 19.913, faculta a la Unidad de Análisis Financiero a:

> "Solicitar a cualquiera de las personas naturales o jurídicas contempladas en el artículo 3° de esta ley, los antecedentes que con ocasión de la revisión de una operación sospechosa previamente reportada a la Unidad o detectada por ésta en ejercicio de sus atribuciones, resulten necesarios y conducentes para desarrollar o completar el análisis de dicha operación y los que deba recabar de conformidad con la letra g) del presente artículo. Las personas requeridas estarán obligadas a proporcionar la información solicitada, en el término que se les fije. Si los antecedentes a que se refiere este literal estuvieren amparados por el secreto o reserva, o deban requerirse a una persona no contemplada en el artículo 3° de esta ley, la solicitud deberá ser autorizada previamente por un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, quien resolverá, sin audiencia ni intervención de terceros dentro del plazo de tres días contado desde la presentación de la misma. Corresponderá al Presidente de esta Corte designar, una vez al año y por sorteo, a dos de sus miembros para cumplir esta labor. Si ninguno de los ministros estuviere en funciones, corresponderá otorgar la autorización al Presidente de la Corte o a quien lo subrogue. Tanto la solicitud de antecedentes amparados por el secreto o reserva que haga la Unidad, como la resolución del tribunal, deberán fundarse en hechos

Actualidad Juridica 36.indd 221 01-09-17 11:59

específicos que las justifiquen, de los que se dejará expresa constancia en ambos documentos. Si la petición es rechazada, la Unidad de Análisis Financiero podrá apelar. La apelación será conocida en cuenta y sin más trámite por la sala de cuentas de la mencionada Corte, tan pronto se reciban los antecedentes. El expediente se tramitará en forma secreta y será devuelto íntegramente a la Unidad, fallado que sea el recurso...".

Por su parte, el referido artículo 3°, establece:

"Las personas naturales y las personas jurídicas que se señalan a continuación, estarán obligadas a informar sobre operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades: los bancos e instituciones financieras; empresas de factoraje; empresas de arrendamiento financiero; las empresas de securitización; las administradoras generales de fondos y las sociedades que administren fondos de inversión privados; las casas de cambio y otras entidades que estén facultadas para recibir moneda extranjera; las emisoras y operadoras de tarjetas de crédito; las empresas de transferencia y transporte de valores y dinero; las bolsas de valores y las bolsas de productos, así como cualquier otra bolsa que en el futuro esté sujeta a la supervisión de la Superintendencia de Valores y Seguros; los corredores de bolsa; los agentes de valores; las compañías de seguros; los administradores de fondos mutuos; los operadores de mercados de futuro y de opciones; las sociedades administradoras y los usuarios de zonas francas; los casinos, salas de juego e hipódromos; los titulares de permisos de operación de juegos de azar en naves mercantes mayores, con capacidad de pernoctación a bordo, y que tengan entre sus funciones el transporte de pasajeros con fines turísticos; los agentes de aduana; las casas de remate y martillo; los corredores de propiedades y las empresas dedicadas a la gestión inmobiliaria; los notarios; los conservadores las administradoras de fondos de pensiones; las organizaciones deportivas profesionales, regidas por la ley Nº 20.019; las cooperativas de ahorro y crédito; las representaciones de bancos extranjeros y las empresas de depósito de valores regidas por la ley Nº 18.876.

Se entiende por operación sospechosa todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente o pudiera constituir alguna de las conductas contempladas en el artículo 8º de la ley Nº 18.314[8], o sea realizada por una persona natural

[8] Ley N° 19.913, Artículo 8. "El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2°, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio o presidio mayor en su grado mínimo, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal".

Actualidad Juridica 36.indd 222 01-09-17 11:59

o jurídica que figure en los listados de alguna resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sea que se realice en forma aislada o reiterada...".

Según la citada normativa y procedimiento, la Unidad de Análisis Financiero puede pasar por sobre el secreto y reserva bancarias, tratándose de operaciones sospechosas.

Luego de este preámbulo, y concretando el objeto del presente estudio, en primer lugar se analizará el artículo 27 de la ley N° 19.913, esto es, la norma jurídica que establece en Chile el delito de lavado de dinero o de activos; en segundo término, se procederá al análisis del delito tributario asociado al de lavado de activos, vale decir, el que describe el inciso tercero del numeral cuarto del artículo 97 del *Código Tributario*.

Debemos hacer presente que, en atención a que el delito tributario ha sido recientemente agregado al listado de delito base para el lavado de dinero o de activos (año 2015), no existe jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia que se pueda acompañar al presente artículo.

I. Delito de lavado de dinero o activos

En cuanto al[9,10] tipo penal descrito por la ley chilena en el delito de lavado de activos o de dinero, realizaremos un estudio general del mismo.

En cuanto al bien jurídico protegido por este delito, tenemos diversas tesis, la síntesis de ellas, puede ser la siguiente:

a) El orden público económico como bien jurídico protegido por el delito en estudio. El profesor Cea,[11] lo conceptualiza como:

"conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad estatal para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución".

Por su parte, la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980[12], lo definía como:

"normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común".

[9] Un mayor estudio de los aspectos económicos de los delitos tributarios y el de lavado de dinero, lo encontramos en la obra ya citada Franco (2011).

[10] Algunos aspectos generales del lavado de activos o de dinero, se encuentra en Toso (2008).

[11] Cea EgañA (1998), p. 158.

[12] Texto extraído de Streeter (1985), p. 33.

Actualidad Juridica 36.indd 223 01-09-17 11:59

Avilés Hernández[13] estima que el orden público económico consiste en los diferentes elementos en su dimensión económica –públicos y privados– que integran la comunidad, de la manera que esta última estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre. Por su parte, Fermandois Vohringer[14] lo conceptualiza como el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana.

El delito de lavado de activos o de dinero, afecta al orden público económico, toda vez que altera e l funcionamiento de la economía. A mayor abundamiento, uno de los elementos básicos para que una economía de mercado funcione correctamente, es la protección de la libre competencia, misma que se ve gravemente afectada por la comisión de estos delitos.

Al respecto, Szczaransky Cerda[15] señala que el delito en estudio incide en el orden público económico, pues, al perpetrarse el ilícito, se incorporan al flujo económico del país, al margen de toda política o plan de desarrollo y al margen de toda regla ética o consuetudinaria, recursos provenientes de actividades no declaradas, pudiendo producirse en este sentido una competencia desleal.

b) Otros estiman que la sanción al delito de lavado de activos o de dinero es un medio para reprimir el delito originario. Así, este carecería de un bien jurídico propio, sino se referiría al bien jurídico del delito que le sirve de base. Bajo Fernández y Bacigalupo[16], señalan que la finalidad de la norma del blanqueo de capitales es la misma que en el delito de receptación: Impedir el delito originario que se está ocultando y se lesiona, por lo tanto, el bien jurídico de este delito. Otra parte de la doctrina, postula que el bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos o de dinero es la salud pública. Esta tesis solo se sostiene en la medida que el único delito base sea el narcotráfico, situación que no acontece en nuestra normativa.

c) Otros creen ver en el delito en estudio uno de carácter pluriofensivo. Según Blanco Cordero[17] dos serían los aspectos vulnerados por este: La protección de la libre competencia, por una parte, y la estabilidad y soli-

[13] Aviles (1998), p. 196 y ss.
[14] Fermandois (2001), p. 55.
[15] Szczaransky (1995).
[16] Bajo y Bacigalupo (2010), p. 681 y ss.
[17] Blanco (2012), p. 153.

Actualidad Juridica 36.indd 224 01-09-17 11:59

dez del sistema financiero, por la otra. Para Prado Saldarriaga[18], el delito es pluriofensivo, pues puede afectar a la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero la legitimidad de la actividad económica y la salud pública.

d) Parte de la doctrina estima que el bien jurídico protegido es la administración de justicia. La idea es que a través de la comisión del delito de lavado de dinero o de activos, se está impidiendo que la justicia tome conocimiento del ilícito en cuestión. Al respecto, Palma Herrera[19] estima que la actividad de blanqueo y reciclado dificulta la investigación del delito precedente. En definitiva, la conducta de lavado de activos provenientes del delito no es más que un proceso de ocultamiento y de reciclaje que tiende justamente a tapar la fuente criminal de un activo, transformándolo en otro activo que aparezca como proveniente de una fuente legal o actividad lícita.

e) Finalmente, otros estiman que el bien jurídico protegido por este delito es la seguridad, soberanía y democracia de los Estados. El proceso de lavado de activos provenientes del delito, en sí mismo, facilita la consolidación económica de cualquier empresa del delito (ejemplo: crimen organizado o grupo terrorista), permitiéndoles la expansión de sus organizaciones con total impunidad. (Ragues Valles[20]).

Alejándonos de la discusión acerca del bien jurídico protegido por el delito de lavado de dinero o de activos, debemos hacer presente que en Chile nos encontramos con una descripción típica en que existe un catálogo cerrado de delitos. Si bien dicha estructura puede ser criticada, ya que eventualmente generaría un desvío de la criminalidad hacia delitos que no son fuente de bienes blanqueables[21], tiene un gran aspecto positivo, pues al especificar los delitos previos, se respetan las funciones garantizadoras del tipo penal. Lo que en definitiva, da cuenta de una mayor certeza y seguridad jurídicas.

La norma legal utiliza la expresión: "El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes…". Al efecto, la propia ley define esta expresión, como

> "objetos de cualquier clases apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como así mismo los documentos o instrumentos que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos".

El artículo 27 de la ley N° 19.913, continúa señalando: "… a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos cons-

[18] Prado (1994), p. 63 y ss.
[19] Palma (2000), p. 284.
[20] Ragues (2003), p. 127-154.
[21] Preambs (2005), p. 225.

Actualidad Juridica 36.indd 225 01-09-17 11:59

titutivos de alguno de los delitos contemplados...". ¿Qué se entiende por "delitos"? Debe entenderse que basta que el hecho sea típico y antijurídico, ello en atención a lo dispuesto por el propio artículo 27, que establece:

> "La circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico de los señalados en la letra a) del inciso primero no requerirá sentencia condenatoria previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo".

Vale decir, nos encontraríamos frente a un proceso bastante complejo, toda vez que deberá tramitarse un doble juicio.

Otro problema que nos vemos enfrentados es el siguiente: ¿Basta la tentativa del delito base o este debe ser consumado? La ley no lo regula. La solución en el Derecho Comparado tampoco es unánime. Resulta razonable sostener que se pueden obtener bienes de un delito previo, cometido en grado de tentativa.

Las expresiones "a sabiendas" y "ha sabido", hacen alusión a cualquier tipo de dolo, esto es, dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual[22].

II. Discusión parlamentaria, génesis de la ley

La incorporación del delito tributario como delito base de lavado de dinero o activos, resulta ser de reciente data, por lo que parece pertinente detenerse en el proceso legislativo a través del cual, el delito en estudio se agregó como delito base del lavado de dinero o de activos, tipificado en el artículo 27 de la ley N° 19.913.

En la página 462 de la *Historia de la Ley N° 20.818* (en adelante *HL Nº 20.818)*[23], el director de la Unidad Especializada en lavado de dinero, delitos económicos, medioambientales y crimen organizado del Ministerio Público, señor Mauricio Fernández, señaló que el estándar internacional de esta materia apunta a incluir en los delitos base a los delitos tributarios. Informó que el delito tributario es un delito de acción penal mixta, por lo que solo puede ser investigado previa denuncia del Servicio de Impuestos Internos. Se trata de la primera alusión en la discusión parlamentaria, en cuanto a agregar delitos tributarios como base en el delito de lavado de dinero o de activos.

En la página 464 de la *HL N° 20.818*, el exdirector del Servicio de Impuestos Internos, Michelle Jorratt, hizo presente que fue invitado para referirse a la conveniencia de incluir a los delitos tributarios en la nómina de de-

[22] Existe doctrina en contrario a este respecto, pero en atención a la naturaleza del presente trabajo, no la analizaremos.

[23] www.bcn.cl

Actualidad Juridica 36.indd 226 01-09-17 11:59

litos base del delito de lavado de activos. Manifestó que en los años ochenta no se consideraba tal inclusión, debido a que se partía de la base que el lavado de dinero tenía relación, fundamentalmente con recursos provenientes del narcotráfico. Sin embargo, en el año 2012 el Grupo de Acción Financiera aconsejó incluir a los delitos tributarios como delito base del lavado de activos. Afirmó que, para el Servicio de Impuestos Internos, en principio, la decisión de incorporarlos en la mencionada nómina sería conveniente.

En la misma ocasión, el subdirector Jurídico del Servicio de Impuestos Internos, Cristián Vargas, expresó que resultaría importante incorporar a los delitos tributarios en los delitos base del lavado de activos, porque ello permitiría una mejor investigación del Ministerio Público en delitos como obtención fraudulenta de devolución de impuestos, delitos respecto de los cuales existe evidencia que se vinculan con un posterior lavado de activos. En la página 467 de la *HL N° 20.818*, el citado Mauricio Fernández, afirmó que la incorporación del delito tributario como delito base del delito de lavado de activos podría significar que se pueda investigar un delito tributario sin necesidad de esperar que el Servicio de Impuestos Internos resuelva si perseguirá al contribuyente por la vía administrativa o penalmente[24].

En la página 469 de la *HL N° 20.818*, el asesor legislativo de la bancada de diputados del Partido Socialista, Enrique Aldunate, señala que respecto a qué delitos tributarios incorporar, sostuvo que el principal es el sancionado en el artículo 97 N° 4 del *Código Tributario*.

Del mismo modo, en su página 498, el senador Alberto Espina manifiesta que es muy discutible que todas las figuras ilícitas que se establecen en los tres primeros párrafos del número 4° del artículo 97 del *Código Tributario*, sean idóneas para configurar el delito de lavado de activos.

En la página 504 de la *HL N° 20.818*, el antes referido Mauricio Fernández, sostuvo que los productos provenientes de los delitos tributarios

[24] No nos parece una correcta interpretación de la ley. Como hemos señalado, tanto el *Código Tributario* como la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, otorgan la titularidad exclusiva en cuanto al ejercicio de la acción penal tributaria al director del Servicio de Impuestos. El hecho que el delito tributario sea base para el delito de lavado de dinero o activos, nos parece que no altera la situación anterior, esto es, la necesidad que el Director del ente fiscalizador se querelle o denuncie la comisión del delito tributario. En la página 505 de la *HL Nº 20.818*, el abogado penalista Juan Domingo Acosta coincide con esta tesis, señalando que la regla procesal actual en materia de ilícitos tributarios internos es la instancia administrativa previa del Servicio de Impuestos Internos y que, de aprobarse algún tipo de inclusión de estos ilícitos en los listados de delitos base, debería considerarse que esa autoridad administrativa también debería tener la exclusividad para solicitar la persecución penal por el lavado de activos provenientes de delitos tributarios, pues de lo contrario la integridad de la política fiscal puede verse gravemente afectada. De esta forma, coincidimos con los dichos del reputado profesor, en cuanto a que en el caso propuesto, debe seguir siendo el Servicio de Impuestos Internos el que, exclusivamente, ejerza la acción penal por delito tributario, sea a través de la interposición de una querella o de denuncia.

Actualidad Juridica 36.indd 227 01-09-17 11:59

tiene una magnitud relevante y son fácilmente ocultables, lo que sumado a las nuevas reglas de la reforma tributaria sobre repatriación de capitales, también aconseja su incorporación en la nómina antes indicada.

En la página 504 de la *HL N° 20.818*, el abogado tributarista Sebastián Guerrero, expresó que estaba en desacuerdo con las consideraciones anteriormente planteadas, pues a su juicio el tenor del primer literal del artículo 27 de la ley de lavado de activos parte de la base que ese delito tiene lugar cuando de cualquier forma se oculte o disimulen el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente de la perpetración de hechos constitutivos de delitos. Indicó que este supuesto inicial no cuerda con la descripción típica del N° 4 del artículo 97 del *Código Tributario*, que se refiere a las declaraciones de impuestos incompletas, a la omisión de libros contables, a la adulteración de balances, inventarios y registros, y a la utilización ilegal de documentación tributaria. Sostuvo que ninguna de estas conductas se refiere a ocultamiento de productos de otros ilícitos, por lo que no podrían considerarse como ilícitos base del lavado de activos.

En su página 505, el abogado penalista Juan Domingo Acosta puntualizó que coincidía con el juicio anteriormente vertido, pues en efecto la estructura esencial del lavado de activos es una suerte de disimulación del origen ilícito de ciertos bienes. Explicó que detrás de la idea de un listado de delitos base está el concepto de un botín delictual que obtuvo quien perpetró un delito previo, y que intenta reintroducir al mercado ocultando su fuente; de esta forma lava activos el secuestrador que hace maniobras para hacer aparecer como lícitos los recursos provenientes del rescate que previamente obtuvo, y se puede predicar el mismo fenómeno cuando el narcotraficante opera de esa forma para poder ocupar abiertamente el producto de la venta de droga. Observó que en la evasión tributaria, en cambio, no hay tal cosa como un botín delictual previo, pues los actos económicos que no fueron declarados en su oportunidad ante la autoridad tributaria son comúnmente negocios lícitos que no pagaron impuestos debiendo haberlo hecho. La única norma que podría compatibilizarse con la idea de botín es la maniobra fraudulenta para obtener una devolución indebida de impuestos, contemplada en el párrafo tercero del número cuarto del artículo 97, pues se trataría de una figura con una estructura similar al fraude de subvenciones, contemplado en el número ocho del artículo 470 del *Código Penal*, que fue incorporado al listado de delitos base en la formulación aprobada por el Senado en el segundo trámite constitucional.

En apoyo a dicha tesis, Moyano Loyola[25] sostiene que para comenzar a analizar si el producido del delito de evasión puede o no ser lavado, primero

[25] Moyano (2015).

Actualidad Juridica 36.indd 228 01-09-17 11:59

debe diferenciarse el dinero de origen ilícito sobre el de origen lícito. Ello porque el dinero de origen ilícito no es susceptible de ser evadido dado que sobre él, no puede cobrarse tributo alguno en virtud de que no resulta correcto que el Estado aumente sus arcas valiéndose de la tributación sobre activos obtenidos de manera ilícita[26].

Prosigue Moyano Loyola manifestando que el dinero que se evade proviene de una actividad lícita motivo por el cual no podría *a posteriori* ser lavado, dado que uno de los requisitos del tipo penal del lavado es que el dinero que se ingrese al mercado sea el resultante de actividades ilícitas. Puede afirmarse

[26] La Excma. Corte Suprema de Justicia chilen, no concuerda con esta tesis, toda vez que a consecuencia de la interposición de querellas por el delito tipificado en el numeral noveno del artículo 97 del *Código Tributario*, sobre ejercicio del comercio en forma clandestina, entre otras, el ingreso rol N° 990-05, de 19 de octubre de 2006, ha resuelto que las rentas de origen ilícito deben tributar, fundándose en los conceptos de renta y de venta que establecen el D.L. 824 y el D.L. 825, sobre Ley de Impuesto a la Renta y Ley de Impuesto al Valor Agregado, por una parte, y, por la otra, pues de no hacerlas tributar, se infringiría el principio de igualdad en materia tributaria.

Ahora bien, existen argumentos para sostener la tesis contraria. Un resumen de ellos, es el siguiente:

a) Para que exista renta debe haber incremento de patrimonio y este no se incrementa cuando los ingresos que lo acrecen no pertenecen en propiedad a su titular. No existe incremento patrimonial si no existe título o este se encuentra viciado.
b) Si deben tributar las rentas ilícitas, se viola el principio constitucional que prohíbe forzar la autoinculpación. El art. 19 N° 7 letra f) de la C*onstitución Política de la República* prohíbe que se obligue a los inculpados a declarar bajo juramento sobre un hecho propio.
c) No se podría aplicar el art. 70 de la Ley de Impuesto a la Renta, sobre justificación de inversiones, toda vez que resultaría absurdo justificar la compra del automóvil con recursos provenientes de un robo. Y, además, se infringiría el principio que prohíbe la autoinculpación.
d) Aunque aparezca como absurdo, si las rentas ilícitas debieran tributar, se podrían deducir los desembolsos incurridos para generarlas (gastos necesarios, en la nomenclatura del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta), por ejemplo, el soborno al funcionario público, el pago a los sicarios o el valor de las armas, etc.
e) En Chile, administrativamente, no se puede cumplir esta obligación, pues en el formulario de declaración, no existe un apartado para declarar las "rentas ilícitas".

En apoyo de esta tesis, con fecha 31 de enero de 2011, en los autos rol N° 479-2010, caratulados c/ Ariel Rodrigo Soto Alarcón y otros, la Corte de Apelaciones de San Miguel, conociendo del recurso de apelación, revocó en parte la sentencia de primera instancia y absolvió a los contribuyentes del delito contemplado en el artículo 97 N° 9 del C*ódigo Penal*, toda vez que estimó que no era factible imputar a los condenados una conducta transgresiva de la normativa tributaria en circunstancias que la actividad que se pretende gravar, en sí, configura el ilícito establecido en el artículo 80 letra b) de la ley N° 17.336.

Ello, por cuanto la Corte consideró que resulta improcedente entender que la realización de actividades ilícitas esté gravada con impuestos. Agrega que de igual modo es impensable que el Estado a través de alguno de sus órganos tenga facultades para permitir o autorizar actividades comerciales de carácter ilícito.

Actualidad Juridica 36.indd 229 01-09-17 11:59

que el dinero no fue obtenido ilícitamente, sino a través de una actividad comercial no prohibida, pero que se detrae del mercado, evitando la tributación.

Por otro lado, la citada autora expresa que el establecimiento del delito tributario, como base para el de lavado de dinero o de activos, podría afectar al principio del *non bis in idem* en virtud de que la persona está siendo dos veces condenada por el mismo hecho. Lo que claramente se ve en el autolavado, en que la misma persona que evadió es la que ingresa al mercado el dinero producto del ilícito tributario.

Finalmente, la autora señala que no considera que pueda lavarse el producido de los delitos de apropiación indebida de tributos (ya sea de la seguridad social o fiscales), dado que, si bien la obtención es ilícita, el bien jurídico que fue transgredido ha sido la hacienda pública exclusivamente (puesto que ella ha visto reducido su patrimonio) y no el orden económico y financiero. Justamente, para poder apropiarse de ese dinero, primero tiene que haberlo tenido en su poder en base a una facultad (sino más bien un deber) legal (es decir, ser agente de retención) e incumpliendo el mandato, no depositarlo. Ese dinero estaba en el mercado y lo retuvo. No hay ningún ingreso.

Por su parte, el abogado Matías Froment[27] señala:

> "En la evasión tributaria, se afecta a la hacienda pública, puesto que con las ganancias obtenidas a través de una fuente ilícita, el contribuyente sustrae total o parcialmente el pago de tributos al organismo recaudador, obteniéndose un beneficio personal en menoscabo de las arcas del Estado Nacional o Provincial. En todo momento, el contribuyente debe tener conciencia de que mediante el ardid o engaño produce esos perjuicios patrimoniales al Fisco".

En el mismo sentido, Cardozo y Pera[28], sostienen que aun:

> "aceptando que la evasión puede ser delito antecedente del lavado de activos, resulta menester dejar bien en claro que sólo sería susceptible de ser lavado el dinero que efectivamente se omitió ingresar al fisco. Así, por ejemplo, si un sujeto (responsable inscripto) omite registrar ventas por $100.000, conforme el régimen general del Impuesto al Valor Agregado, el mismo omitió ingresar al organismo fiscal la suma de $21.000, lo que según la doctrina española configura la denominada cuota evadida. Sólo estos $21.000 (más la cuota respectiva del Impuesto a las Ganancias) pueden ser lavados y por ende pasibles de la comisión de un delito".

En la página 506 de la *HL N° 20.818*, el abogado Gonzalo Medina, señaló que la doctrina ha discutido que la "cuota tributaria" o parte de la base imponible de un hecho gravado que debió ser integrado a arcas fiscales como

[27] Froment (2015).
[28] Cardozo y Pera (2015).

Actualidad Juridica 36.indd 230 01-09-17 11:59

impuesto tiene naturaleza delictual. Puntualizó que desde una perspectiva fenomenológica no existe, en el caso del delito tributario, un desplazamiento patrimonial típico del lavado, pues se trata simplemente de una parte del activo de una persona o empresa que no ingresa al patrimonio fiscal, pero no hay un movimiento contable que sea la base para configurar una acción típica. Por otro lado, la doctrina moderna considera que la cuota tributaria sí tiene naturaleza delictual, pues respecto de ella pesa sobre el contribuyente una obligación legal positiva de declarar y enterarla a las arcas fiscales como tributo. Explicó que la tendencia jurisprudencial contemporánea acoge la teoría moderna y, por lo tanto, es partidaria de que los delitos tributarios integren la nómina de ilícitos base para el lavado de activos.

En la página 508 de la *HL N° 20.818*, el diputado Soto observó que el fraude tributario reúne las características necesarias que exige el GAFI para ser considerado delito base para el lavado, por tanto, añadió, no cabe duda que el fraude tributario que indica el N° 4 del artículo 97 del *Código Tributario* debe incluirse.

En la misma página, el senador Espina manifiesta que lo que se debe analizar es la idea de incorporar en un listado los delitos que producen ganancia económica para sus autores, al punto que ellos deben idear métodos ilícitos para disimular el origen de su ganancia mal habida. Explicó que, en el caso de los delitos tributarios, no hay, en el origen, una ganancia ilícita, sino solo un beneficio legítimo de la explotación de una economía o del propio trabajo que no fue declarado en su momento como ingreso tributable. Teniendo en cuenta lo anterior, manifestó que debe identificarse primero cuáles son los delitos tributarios en los que efectivamente hubo enriquecimiento ilícito previo y que, por tanto, deberían ser considerados entre los ilícitos que sirven de base al lavado de activos.

A continuación, el abogado Acosta planteó que el asunto más delicado que está en juego es aumentar las hipótesis de autolavado, que naturalmente implica construir distorsiones punitivas relevantes, pues supone una doble incriminación por un mismo hecho, ya que el lavado del productor de un delito es un acto de agotamiento y no un ilícito autónomo. Añadió que la mayor parte de las ganancias que no son declaradas tributariamente provienen de actos lícitos, por tanto, el uso posterior de ese producto lícito no debería ser objeto de incriminación. También volvió a llamar la atención sobre la titularidad de la acción para perseguir el delito de lavado proveniente de un ilícito tributario o aduanero, pues en este caso hay una instancia administrativa previa para perseguir el delito base.

En la página 509 de la *HL N° 20.818*, el abogado Medina observó que la tipificación del lavado de activo en los encabezados de las letras a) y b) del artículo 27, permite considerar como tal, y aplicar las sanciones del caso, a cualquier uso o mera tenencia de bienes provenientes de un ilícito respecto del cual se conocía o se estaba en posición de conocer su origen criminal, lo

Actualidad Juridica 36.indd 231 01-09-17 11:59

que es mucho más amplio que la idea común que se tiene del lavado de activos, consistente en el empleo de técnicas financieras sofisticadas para disimular el origen ilícito de fondos cuantiosos. Finaliza su intervención manifestando que si se incorpora en este proyecto un delito tributario entre los ilícitos base, es necesario armonizar las reglas procesales, estableciendo que la acción para perseguir tanto el delito base como el de lavado de activos quedará en manos del Director de Aduanas o del Servicio de Impuestos Internos, según se trata de aranceles o impuestos, y que los acuerdos reparatorios respecto de estos delitos base también suspenderán la persecución penal respecto del lavado de activos subsecuente.

En la misma página, el antes citado Fernández, añadió que no está en discusión el autolavado, pues la legislación chilena ya lo contempla y las convenciones internacionales de Viena y Palermo –ratificadas por Chile– expresamente lo requieren. Agregó que los delitos tributarios cuya incorporación ahora se discute son los contemplados en los tres primeros párrafos del número 4) del artículo 97. Precisó que ellos no constituyen simples elusiones o evasiones tributarias sino verdaderos fraudes contra la hacienda pública, con un cariz igual de delictual que los demás tipos que integran la lista de delitos base. De esta forma, en la página 516 la Comisión Mixta, por la unanimidad de sus miembros presente, senadores Espina, Harboe y Larraín y diputados Turres, Ceroni, Chahin, Monckeberg y Soto, proponen agregar en la letra a) del artículo 27 de la ley N° 19.913, como delito base del delito de lavado de dinero o de activos: "...en el párrafo tercero del número 4° del artículo 97 del Código Tributario...".

III. Delito tributario base para el delito de lavado de dinero o activos

Antes de entrar al análisis de la figura tributaria que sirve de base para el delito de lavado de dinero o activos, resulta menester realizar algunas consideraciones previas, útiles para dar un marco general del Derecho Penal Tributario chileno.

En primer lugar, desde el punto de vista de la aplicación de la pena, las infracciones tributarias podemos clasificarlas en: Infracciones civiles, infracciones administrativas o contravenciones, delitos tributarios e infracciones funcionarias. Las primeras se refieren al pago del tributo con atraso y son sancionadas con el pago de un interés del 1,5% por mes o fracción de mes de atraso. Después tenemos las infracciones administrativas o contravenciones, en que se sanciona con una pena pecuniaria, el incumplimiento de una obligación, deber o prohibición de carácter impositivo. Por ejemplo, el numeral décimo del artículo 97 del *Código Tributario*[29] sanciona la no emisión de una boleta, factura, nota de débito o de crédito o guía de despacho, castigándose dicha

[29] www.sii.cl

Actualidad Juridica 36.indd 232 01-09-17 11:59

conducta con la pena pecuniaria del cincuenta por ciento al quinientos por ciento del monto de la operación, con un mínimo de dos unidades tributarias mensuales y un máximo de cuarenta unidades tributarias anuales[30]. En tercer lugar, encontramos los delitos tributarios, esto es, violaciones dolosas a una obligación, deber o prohibición tributarias, sancionadas por la ley con una pena privativa de libertad y pecuniaria. Por ejemplo, el numeral quinto del artículo 97 del *Código Tributario* castiga con una pena de multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento del impuesto se trata de eludir y con presidio menor en sus grados medios a máximo la omisión maliciosa de declaraciones exigidas por las leyes tributarias para la determinación o liquidación de un impuesto. Finalmente, están las infracciones funcionarias, en que se sancionan a determinados funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, y a otros empleados públicos, con penas de carácter administrativo. Por ejemplo, el artículo 102 del *Código Tributario*, sanciona a todo funcionario, sea fiscal o municipal o de instituciones o empresas públicas, incluyendo las que tengan carácter fiscal, semifiscal, municipal o de administración autónoma, que falta a las obligaciones que le impone este *Código* o las leyes tributarias, siendo sancionado con multa del cinco por ciento de una unidad tributaria anual a cuatro unidades tributarias anuales.

Ahora bien, las infracciones administrativas y los delitos tributarios son figuras que pueden ser cometidas a través de acciones u omisiones. Un ejemplo de figura que se puede cometer por omisión la encontramos en el inciso primero del numeral cuarto del artículo 97 del *Código*, que sanciona: "...la omisión maliciosa en los libros de contabilidad de los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas...". Por su parte, una figura de comisión por acción, sería aquella de que da cuenta el numeral noveno del precitado artículo, que sanciona: "El ejercicio efectivamente clandestino del comercio...".

Desde el punto de vista de la titularidad del ejercicio de la acción penal tributaria, esta se radica en el director del Servicio de Impuestos Internos. En efecto, la letra g) del artículo 7° del decreto con fuerza de ley N° 7, de 1980, sobre Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos[31], establece que es facultad del Director:

> "Decidir si ejercerá la acción penal por las infracciones sancionadas con multa y pena corporal, y, de resolver ejercerla, determinar si formulará denuncia o interpondrá querella, por sí o por mandatario, o, de estimarlo necesario, requerir la intervención del Consejo de Defensa del Estado".

[30] Aproximadamente, en atención a la variación del mismo, 1€ equivale a 723 pesos chilenos; una unida tributaria mensual, corresponde a 45.907 pesos chilenos; y, una unidad tributaria anual a 550.884 pesos chilenos. Con esas cifras, se tiene que dos unidades tributarias mensuales serían aproximadamente 126€ y cuarenta unidades tributarias anuales alcanzarían la suma aproximada de 304.776€.

[31] www.bcn.cl

Actualidad Juridica 36.indd 233 01-09-17 11:59

En el mismo sentido razona el inciso segundo del artículo 162 del C*ódigo Tributario*, cuando dispone:

> "En las investigaciones penales y en los procesos que se incoen, la representación y defensa del Fisco corresponderá sólo al Director, por sí o por medio de mandatario cuando la denuncia o querella fuere presentada por el Servicio, o sólo al Consejo de Defensa del Estado, en su caso…".

Esta situación ha sido criticada, toda vez que el hecho que se radique la titularidad de la acción penal tributaria en el ente fiscalizador, y especialmente, en un solo funcionario, podría generar una mala utilización de la facultad en cuestión, pudiendo otorgarle un criticable tinte político.

También se confiere al director del Servicio de Impuestos Internos la facultad de desarrollar un proceso de recopilación de antecedentes, a fin de poder decidir debidamente y con conocimiento de causa, su facultad en cuanto a ejercer la acción penal tributaria. En efecto, la letra f) del artículo 7° de la Ley Orgánica del Servicio, le permite al Director:

> "Ejercer la tuición administrativa de los casos en que se hubieren cometido infracciones sancionadas con multa y pena corporal, respecto de los cuales el Servicio efectuará la recopilación de antecedentes destinada a fundamentar la decisión a que se refiere la atribución contemplada en la letra siguiente".

Por su parte, el numeral décimo del artículo 161 del C*ódigo Tributario*, establece:

> "…En estos casos corresponderá al Servicio recopilar los antecedentes que habrán de servir de fundamento a la decisión del Director a que se refiere el artículo 162, inciso tercero".

Se ha criticado esta facultad, toda vez que, en buenas cuentas, se está en presencia de una investigación por la comisión de un presunto delito tributario, en circunstancias que la C*onstitución Política de la República* radica esta, en términos exclusivos, en el Ministerio Público.

Entrando derechamente al estudio del delito tributario que sirve de base para el delito de lavado de dinero o activos, repitamos que se encuentra tipificado en el inciso tercero del numeral cuarto del artículo 97 del C*ódigo Tributario*, norma que castiga: El que, simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del cien por ciento al cuatrocientos por ciento de lo defraudado[32].

[32] www.sii.cl El texto completo del numeral cuarto del artículo 97 del C*ódigo Tributario*, es el siguiente: "Las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas que puedan inducir a

Actualidad Juridica 36.indd 234 01-09-17 11:59

El origen de ella es el decreto ley Nº 3.443 de 1980, disposición que se dictó a consecuencia de ciertos delitos que produjeron conmoción pública, especialmente un fraude ejecutado a través de la Compañía Union Trading. Se trataba de una empresa exportadora de minerales que, en realidad, lo que enviaba al extranjero era arena o tierra en sacos, en vez de concentrado de cobre. Para producir los supuestos derivados del cobre, se simulaba haber empleado una serie de insumos industriales. Todas estas facturas que representaban insumos, servicios, gastos de extracción y fletes de los productos exportados eran ideológicamente falsas. Respecto de esas adquisiciones y uso de servicios, se solicitaba la devolución del crédito fiscal del Impuesto al Valor Agregado. En efecto, Union Trading, después de cada exportación falsa, presentaba y obtenía de la Tesorería General de la República la devolución de esos impuestos. Entre otros, es en atención a este caso, que se decide sancionar las devoluciones fraudulentas de impuestos.

Los elementos del delito en cuestión, son los siguientes:

1. La conducta descrita por la ley posee dos alternativas: La primera de ellas, exige estar en presencia de una simulación de una operación tributaria, por ejemplo: Una exportación en que, en vez de exportar jalea real o propóleo, ello se simula, enviándose al extranjero, barriles

la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda o la omisión maliciosa en los libros de contabilidad de los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas o a las demás operaciones gravadas, la adulteración de balances o inventarios o la presentación de éstos dolosamente falseados, el uso de boletas, notas de débito, notas de crédito o facturas ya utilizadas en operaciones anteriores, o el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento del valor del tributo eludido y con presidio menor en sus grados medio a máximo.

Los contribuyentes afectos al Impuesto a las Ventas y Servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente cualquiera maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y con multa del cien por ciento al trescientos por ciento de lo defraudado.

El que, simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del cien por ciento al cuatrocientos por ciento de lo defraudado.

Si, como medio para cometer los delitos previstos en los incisos anteriores, se hubiere hecho uso malicioso de facturas u otros documentos falsos, fraudulentos o adulterados, se aplicará la pena mayor asignada al delito más grave.

El que maliciosamente confeccione, venda o facilite, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas, falsas, con o sin timbre del Servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en este número, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y con una multa de hasta 40 unidades tributarias anuales".

Actualidad Juridica 36.indd 235 01-09-17 11:59

llenos de miel en bruto. Respecto de la segunda conducta, se requiere la realización de cualquier maniobra fraudulenta. Se estima que esta disposición podría adolecer de problemas de constitucionalidad, toda vez que no se describe adecuadamente la conducta que genera el delito. Efectivamente, la realización de una "maniobra fraudulenta", ciertamente, no describe correctamente la conducta que se pretende castigar, no cumpliendo con el estándar mínimo que exige la *Constitución Política de la República*, esto es, nos encontraríamos en frente de una ley penal en blanco.

En definitiva, lo que está detrás del delito tributario en análisis es una estafa agravada, esto es, una conducta a través de la cual se engaña al fisco, a fin que este haga una disposición de recursos en favor de un tercero.

Como acertadamente señala Massone[33], puede tratarse de cualquier clase de "impuesto", independientemente de la forma que se haya enterado en arcas fiscales o de quien lo haya pagado (aunque es casi superfluo decirlo, hay casos en que el impuesto es pagado por una persona y quien tiene derecho a obtener la devolución es otra). El impuesto de cuya devolución se trata puede ser un impuesto definitivo, un pago provisional o a cuenta, o uno pagado a través de una retención.

2. En segundo lugar, el tipo exige la obtención de devoluciones indebidas de impuesto, esto es, que no le correspondan al contribuyente. En esta materia, estamos por la posición de que se está en presencia de un delito de resultado. Al efecto, Ugalde Prieto[34] estima que respecto de este tipo penal, nos encontramos frente a un tipo de resultado. Estos delitos se presentan:

> "Cuando la figura penal requiere –para su consumación– la producción de un resultado separado de la conducta que lo causa (p. ej., en el homicidio, la muerte del ofendido; en las lesiones del art. 397 Nº 2, la enfermedad o incapacidad por más de 30 días, etc.), se habla de delitos materiales o de resultado. En tales casos, por resultado se entiende la modificación del mundo exterior como consecuencia del movimiento corporal en que consiste la acción (o su omisión). Cuando dicho resultado no se exige, se habla de delitos formales (por ejemplo: en la injuria del art. 416 Código Penal, y la violación de domicilio del art. 114, del mismo cuerpo legal)[35]".

[33] Massone (2009), p. 366.
[34] Ugalde y García (2011), p. 53.
[35] Politof, Matus y Ramírez (2003), pp. 161-162.

Actualidad Juridica 36.indd 236 01-09-17 11:59

Por su parte, Altamirano Catalán y Muñoz Benavente[36] señalan:

"Se trata, a nuestro juicio, de un delito de resultado, ya que exige para su perpetración que el agente obtenga una devolución de impuestos indebida, que da lugar al perjuicio fiscal".

Coincidiendo con la tesis expuesta, Alvarado Urízar[37] manifiesta:

"...La figura establece expresamente que se debe obtener la devolución, con lo que implícitamente exigen la producción de un perjuicio, es decir, de un resultado, que no es condición objetiva de punibilidad, sino elemento del tipo penal. Las consecuencias de ello son palmarias: El perjuicio debe ser abarcado por el dolo el autor, viene a cuento la responsabilidad por un delito frustrado en los términos del art. 7º inciso 2º en relación con los arts. 50 y ss. CP, es teóricamente posible el desistimiento por evitación del perjuicio para el Fisco, etc.".

La historia fidedigna[38] de la ley confirma que estamos frente a un delito de resultado, ya que con fecha 5 de septiembre de 1995 el Poder Ejecutivo ingresó al H. Congreso Nacional un proyecto de ley, modificatorio (entre otros textos legales) del *Código Tributario*, proponiendo intercalar en el Nº 4, como nuevo inciso cuarto, pasando el actual cuarto a ser quinto, el siguiente:

"En las mismas penas señaladas en el inciso segundo incurrirán los que realicen maliciosamente cualquier maniobra tendiente a obtener devoluciones de sumas de dinero o de impuestos que no les correspondan".

Tal propuesta del Poder Ejecutivo no prosperó. Ello permite sostener que el obtener la devolución es una condición objetiva de punibilidad, de modo que las formas imperfectas (tentativa y delito frustrado) no se pueden sancionar.

3. En cuanto al sujeto activo, la norma utiliza la expresión "El que", indicando que el delito puede ser cometido por cualquier persona, sea o no contribuyente. Al efecto, Massone[39] señala:

"Habrá casos en que el hechor simule ser contribuyente sin serlo y otros en que sostenga que pagó un impuesto no adeudado e incluso que pagó un impuesto que si bien era adeudado no lo era por él sino por otra persona, tal vez aduciendo precisamente que él no era el contribuyente".

[36] Altamirano y Muñoz (2006), p. 375.
[37] Alvarado (2011), p. 223.
[38] Ugalde y García (2011), p. 54.
[39] Massone (2009), p. 365.

Actualidad Juridica 36.indd 237 01-09-17 11:59

En esta materia, Vallejos Castro[40] critica la norma, en atención a una serie de imperfecciones que la afectan, señalando lo siguiente:

"El tipo penal contenido en el inciso tercero, demuestra una evidente imperfección legislativa que hace imperioso corregir. En efecto, la norma empieza con los vocablos el que, queriendo significar que ésta es aplicable a cualquier persona, sea o no contribuyente, representante o mandatario de éste. Sin embargo, para hacer una aplicación amplia de este inciso, el legislador debió corregir muchas disposiciones, títulos y párrafos en el cuerpo legal en el cual se insertó este nuevo delito". "En efecto, el párrafo primero del título segundo, del Libro Segundo del Código Tributario, dice expresamente: 'De los contribuyentes y otros obligados'. El artículo 98 del mismo cuerpo legal, señala: 'De las sanciones pecuniarias responden el contribuyente y las demás personas legalmente obligadas'".

También el artículo 99, expresa:

"Las sanciones corporales y los apremios, en su caso, se aplicarán a quien debió cumplir la obligación y, tratándose de personas jurídicas, a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de éstos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento".

"Por último el propio inciso tercero, habla de devoluciones de impuesto, lo que tiende a dar la impresión que se trata de una persona obligada, previamente, a su pago".

En consecuencia, todo lo anterior demuestra que el espíritu de aplicación amplia e irrestricta a cualquier persona, con que se inicia el inciso al utilizar los vocablos el que "se ve frustrado y en contradicción con la falta de armonía y contexto legal".

Termina su crítica Vallejos Castro[41] haciendo referencia al D.L. Nº 3.433, de 2 de julio de 1980, cuyo artículo 1º creó este tipo penal. Ello por cuanto, el artículo 3º de este mismo cuerpo legal agregó el siguiente Nº 8 al artículo 470 del *Código Penal*:

"A los que fraudulentamente obtuvieren del Fisco, de las Municipalidades, de las Cajas de Previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas".

A este respecto, el citado autor señala en la página 354 de su obra:

"Se produce, en consecuencia, un concurso real de leyes penales, puesto que ambas normas son aplicables a un mismo hecho ilícito, con la consiguiente confusión interpretativa, que el legislador debe procurar evitar".

[40] Vallejos (1988), p. 52.
[41] *Ibid*.

Actualidad Juridica 36.indd 238 01-09-17 11:59

4. Respecto de la pena que estableció el legislador para el delito en estudio, nos parece pertinente realizar dos precisiones[42]:
   a. Estimamos que en modo alguno se justifica una sanción de la magnitud que reguló el legislador, misma que oscila entre presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio, esto es, desde 3 años y 1 día a 15 años. Sin duda, el bien jurídico protegido por este delito es de alta relevancia, pero creemos que ello no permite explicar esta penalidad, especialmente si la comparamos con la del homicidio simple, esto es, presidio mayor en sus grados mínimo a medio (numeral 2º del artículo 391 del C*ódigo Penal*); vale decir, pareciera ser que para el legislador poseería la misma entidad e importancia la afectación del patrimonio del fisco que del bien jurídico vida, aserto que evidentemente no es efectivo, y
   b. El tipo penal que contempla el inciso tercero del numeral 4º del artículo 97 del C*ódigo Tributario*, fue establecido a través del D.L. Nº 3.443, de 1980, que además agregó un numeral octavo al artículo 470 del C*ódigo Penal*, norma que sanciona a los que fraudulentamente obtuvieren del fisco, municipalidades, cajas de previsión o de instituciones centralizadas o descentralizadas, prestaciones improcedentes, como: remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas.

Ahora bien, la pena más grave en el caso del delito que se agregó al artículo 470 del C*ódigo Punitivo*, por aplicación del artículo 467 del mismo cuerpo legal, es la de presidio menor en su grado medio a máximo. Evidentemente, esta pena en modo alguno resulta ser comparable con la que señala el legislador para las devoluciones indebidas de impuesto. Curiosamente, pareciera que para la ley, posee un mayor disvalor obtener devoluciones indebidas de impuestos, que obtener devoluciones del fisco que tengan otro origen. La verdad, es que esta no parece una razón suficiente, que justifique la disparidad en la sanción en uno y en otro caso.

Uno de los casos más emblemáticos de comisión del delito en estudio es aquel conocido como "Lozapenco"[43]. En él, con fecha 23 de octubre de 1992, el Ministro en Visita que sustanciaba la causa, Domingo Kokisch Mourgues, dictó sentencia, en que resolvió:

> " 20) Que los medios probatorios reseñados en el razonamiento anterior constituyen documentos, declaraciones de testigos, pericias y presunciones que, apreciadas en conformidad a las reglas legales, permiten dar por establecido los siguientes hechos: 'Lozapenco S.A'., en los períodos

[42] Ugalde y García (2011), p. 54.
[43] *Op. cit.*, p. 52.

Actualidad Juridica 36.indd 239 01-09-17 11:59

> que se señalará, registró en su Libro de Ventas computacional diversas facturas, para alguna de las cuales emitió notas de crédito cuyo Impuesto al Valor Agregado rebajó en su declaración de impuestos mensuales, aun cuando aparecen contabilizadas como nulas en el Libro de Ventas"

A su vez, la Sociedad Agrícola y Forestal Penco Ltda., recibió dichas notas de crédito, pero no las registró en su Libro de Compras y, en consecuencia, no rebajó el Impuesto al Valor Agregado que ellas consignaban de su correspondiente crédito fiscal, obteniendo por este concepto una devolución indebida por la Tesorería General de la República, mayor a la que habría tenido derecho, por lo que mediante el referido procedimiento se obtuvo devoluciones improcedentes, por los periodos y sumas que se indican:

> "21) Que los hechos descritos en el considerando anterior constituyen infracciones reiteradas, en los términos del artículo 112 del Código Tributario, de la figura penal prevista y sancionada en el inciso 3º del Nº 4 del artículo 97 del Código del ramo; 22) Que Feliciano Palma Matus en sus declaraciones indagatorias de fs. 2.080, 2083, 2.087 y 2.105 expone que, en su calidad de representante legal de estas sociedades, en las oportunidades que indica presentó ante la Tesorería declaraciones juradas solicitando la devolución de IVA Exportadores, obteniendo sumas que en parte eran improcedentes por cuanto al Libro de Ventas de Lozapenco S.A. ingresaba notas de crédito con las que rebajaba el débito, no obstante aparecer éstas impresas como 'nulas' y a su vez la empresa que impetraba esta devolución no las contabilizaba, aumentando en forma ficticia el crédito fiscal".

IV. Conclusiones

1. El lavado de dinero o de activos busca ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, propiedad o control tanto del dinero como de bienes obtenidos ilegalmente. Podemos señalar este se desarrolla como un proceso, que consta fundamentalmente de tres etapas, denominadas:
   a) Colocación, inyección o incorporación;
   b) Decantación, estratificación o apilamiento y
   c) Blanqueo o reciclaje e integración.
2. En Chile existen el secreto bancario y la reserva bancaria. Dichas instituciones se ven atenuadas en la aplicación al lavado de dinero o de activos, en atención a las facultades que la ley otorga a la Unidad de Análisis Financiero.
3. La ley N° 20.818, de 2015, agregó el delito tributario como delito base del de lavado de dinero o de activos. Lo anterior, impide hacer acopio de jurisprudencia judicial a la presente investigación.

Actualidad Juridica 36.indd 240 01-09-17 11:59

4. En cuanto al delito de lavado de dinero o de activos, no existe acuerdo en torno al bien jurídico protegido por el mismo.
5. En Chile, en el delito de lavado de dinero o activos encontramos un catálogo cerrado de delitos. Ello significa que se respetan las funciones garantizadoras del tipo penal.
6. De la discusión parlamentaria puede extraerse que los parlamentarios, en un principio, pretendían que se legislaran como delito base del de lavado de dinero o de activos, los tres primeros incisos del numeral 4º del artículo 97 del C*ódigo Tributario*. En definitiva, resultando procedente y lógico, solo se estableció como delito base el de obtención indebida de devoluciones de impuesto.
7. El titular de la acción penal tributaria es el director del Servicio de Impuestos Internos. Esta exigencia de procedibilidad se mantiene para el caso de la persecución de un delito tributario por ser base de la comisión de un delito de lavado de dinero o de activos.
8. Este delito tributario no es más que el establecimiento de un delito de estafa agravada. Nace a consecuencia de un decreto ley que, a su vez, tiene como motivación diversos fraudes cometidos en Chile.
9. Se exige la obtención de una devolución indebida de impuestos, por lo tanto, se trata de un delito de resultado, siendo éste un elemento del tipo penal.
10. El legislador utiliza la expresión "El que", lo que induce a pensar que cualquiera puede cometer el delito. A pesar de ello, existe doctrina que estima que el delito solo puede ser cometido por alguien que ostente la calidad de contribuyente.
11. La pena privativa de libertad señala por el legislador, aparece como desproporcionada si se compara con la sanción establecida para otros delitos, de mayor gravedad, como es el de homicidio.

Bibliografía

Altamirano Catalán, Marco y Muñoz Benavente, Felipe (2006): *Derecho Tributario Parte General, Determinación de la Obligación Tributaria* (Santiago, Lexis Nexis).

Alvarado Urízar, Agustina (2011): *Delitos de Emprendimiento en el Código Tributario* (Santiago, Librotecnia).

Avilés Hernández, Víctor (1998): *Orden público económico y Derecho Penal* (Santiago, ConoSur).

Bajo Fernández, Miguel y Bacigalupo Saggese, Silvana (2010): *Derecho Penal Económico* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A.).

Blanco Cordero, Isidoro (2012): *El delito de blanqueo de capitales* (Pamplona, Aranzadi).

Actualidad Juridica 36.indd 241 01-09-17 11:59

Bublitz Ortíz, Sandra (2006): "Delito tributario versus lavado de dinero". Disponible en www.gestiopolis.com/delito-tributario-versus-lavado-de-dinero/ [fecha de consulta: 4 de julio de 2016].

Cardozo, Horacio y PERA Agustín (2015): "Evasión y lavado de dinero: peligros e inconsistencias". Disponible en www.guiadelcontador.com/detalle.php?a=evasion-y-lavado-de-dinero.peligros-e-inconsistencias&t=58&d=455 [fecha de consulta: 15 de julio de 2016].

Cea Egaña, José Luis (1998): *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Fermandois Vohringer, Arturo (2001): *Derecho Constitucional Económico: garantías económicas, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) Tomo I.

Franco, Marccello (2011): "Los delitos tributarios y el lavado de dinero", en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad de la República de Uruguay*, N° 30 (enero-junio): pp. 143-151.

Froment, Matías (2015): "El delito de evasión impositiva como precedente del lavado de dinero". Disponible en www.infobae.com/2015/03/14/1715824-el-delito-evasion-impositiva-como-precedente-del-lavado-dinero/ [Fecha de Consulta: 14 de julio 2016].

Massone Parodi, Pedro (2009): *Infracciones tributarias* (Santiago, Legal Publishing).

Moyano Loyola, Romina (2015): "¿Pueden los ilícitos tributarios ser generadores de activos susceptibles de ser lavados?". Disponible en https://dpicuantico.com/sitio/wp- content/uploads/2015/12/Penal-Doctrina 2015-12-18.pdf. [Fecha de consulta: 13 de julio de 2016].

Palma Herrera, José Manuel (2000): *Los delitos de blanqueo de capitales* (Madrid, Edersa).

Politof, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia (2003): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Segunda Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Prado Saldarriaga, Víctor (1994): *El Delito de lavado de dinero y su tratamiento bancario en el Perú* (Lima, IDEMSA).

Prambs Julián, Claudio (2005): *Estudio teórico-práctico, El delito de Blanqueo de capitales, en el derecho chileno con referencia al derecho comparado* (Santiago, Lexis Nexis).

Ragues Valles, Ramón (2003): *Lavado de activos y negocio standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado, en ¿Libertad económica o fraude punible? Riesgo penalmente relevante e irrelevante en la actividad económica-empresaria* (Madrid, Marcial Pons).

Streeter Prieto, Jorge (1985): *El orden público económico*, Materiales de trabajo (Santiago, Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).

Actualidad Juridica 36.indd 242 01-09-17 11:59

Szczaransky Cerda, Clara (1995): "Apuntes introductivos a la ley N° 19366, reflexiones sobre el consumo de drogas y pautas de análisis del delito de lavado de dinero", en *Revista Gaceta Jurídica*, N° 179: p. 15 y ss.

Toso Milo, Ángela (2008): "Blanqueo de capitales su prevención en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 N°3: pp. 405-437.

Ugalde Prieto, Rodrigo y García Escobar, Jaime (2011): C*urso sobre delitos e infracciones tributarias* (Cuarta Edición, Santiago, Legal Publishing).

Vallejos Castro, Eduardo (1988): *La prueba en el Delito Tributario* (Santiago, Editorial Jurídico-Tributaria S.A.).

Normas

Historia de la Ley N° 20.818. Disponible en www.bcn.cl

Código Tributario.

Ley de Impuesto a la Renta.

Otros

La Unidad de Análisis Financiero (UAF) es un servicio público descentralizado, que se creó mediante la Ley N° 19.913, publicada en el *Diario Oficial* el 18 de diciembre de 2003. Disponible enwww.uaf.cl/lavado/

Actualidad Juridica 36.indd 243 01-09-17 11:59

LA ACCIÓN PENAL POR DELITO TRIBUTARIO

CRIMINAL ACTION FOR TAX OFFENSE

Christian Nicolás Aste Mejías[*]

Resumen: El siguiente artículo tiene por objetivo explicar la acción penal por delito tributario como excepción a la regla general del Derecho Penal, en el sentido de que el Ministerio Público no puede ni tiene la atribución de iniciar dicha investigación, si no existe una querella o una denuncia previa, toda vez que la acción por delito tributario no es una acción penal pública, sino que una acción que requiere previamente una instancia particular. Además de lo anterior, se explicará su aplicación, diligencias y etapas en el proceso penal.

Palabras clave: Acción penal – Delito tributario – Procedimiento – Acción penal pública.

Abstract: The purpose of the following article is to explain the prosecution for tax offense as an exception to the general rule of Criminal Law, in the sense that the Public Prosecutor's Office cannot have the authority to initiate such investigation, if there is no complaint or complaint Previous, since the action for tax offense is not a public criminal action, but an action that previously requires a particular instance. In addition to the above, it will explain its application, steps and stages in the criminal process.

Key words: Criminal Action – Tax Offense – Procedure – Public Criminal Action.

* * *

No basta que exista un delito para que quien lo cometió sea sancionado. Se exige que ese hecho punible que reconoce un autor sea investigado. Salvo los delitos que requieren de instancia previa particular, la fiscalía puede iniciar

[*] Abogado, Magíster en Derecho mención Derecho Económico. Profesor de posgrado en diversas universidades. Autor de los libros: *Curso de Código y Derecho Tributario,* 7ª ed., Thomson Reuters *Reforma Tributaria*, Thomson Reuters; *La renta y los nuevos sistemas de tributación*, Thomson Reuters.

Actualidad Juridica 36.indd 245 01-09-17 11:59

la investigación de cualquier delito. La única condición es que lo haga regido por el principio de objetividad establecido en la Constitución, Ley Orgánica y en el artículo 77 del *Código Procesal Penal* (en adelante *CPP*).

Si es por querella, quien debe interponerla es la víctima, su representante legal o su heredero testamentario. La víctima es el ofendido por el delito. Por mandato de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos (en adelante el Servicio o el SII), contenido en el DFL Nº 7[1], el director nacional de dicho organismo tiene la representación del fisco, en lo que respecta a la aplicación y fiscalización de los impuestos y la facultad de decidir si ejerce o no la acción penal, cuando existe delito tributario.

El que esta facultad se contenga en una ley orgánica no es un tema baladí, puesto que la Constitución Política publicada con fecha posterior[2] a la Ley Orgánica del Servicio precisó en su artículo 5º transitorio que las leyes que a esa fecha estuvieren en vigor y que versaren sobre materias que conforme a la Constitución debieran ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con *quorum* calificado, se entenderán que lo son y que, por lo mismo, seguirán vigentes. Es materia de ley orgánica constitucional la que regula la Administración del Estado, en la que se incluye al Servicio de Impuestos Internos, *ergo* su ley orgánica tiene el carácter de Constitucional. Si se considera que solo tienen ese carácter las leyes que determinan la organización básica de la Administración Pública, las que garantizan la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse y, por lo tanto, que la ley denominada como Orgánica del Servicio es una ley ordinaria, debemos concordar en que en dicho caso aplicaría el artículo 65 Nº 2 de la Carta Fundamental, que le otorga iniciativa exclusiva al Presidente de la República para determinar las funciones o atribuciones de los servicios públicos.

Si el director nacional del Servicio decide ejercer esta facultad, puede formular la denuncia o interponer la querella, por sí o por mandatario o, de estimarlo necesario, requerir la intervención del Consejo de Defensa del Estado. Lo indicado, es "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9º N° 1 del Decreto Ley N° 2.573, de 1979", que establece que le "corresponde al Presidente del Consejo de Defensa del Estado representar judicialmente al Fisco en todos los procesos y asuntos que se ventilan ante los Tribunales, cualquiera que sea su naturaleza", porque esa misma disposición indica que lo señalado no aplica cuando la ley le otorgó esa representación a otro funcionario.

En caso de que la autoridad facultada para ejercer esta facultad decida no querellarse ni denunciar el hecho ante el Ministerio Público, eso no implica que quede sin sanción, puesto que, en ese supuesto, el Director debe aplicar la sanción pecuniaria "con arreglo al procedimiento general establecido en el Art. 161 CT.".

[1] Publicado en el *Diario Oficial*, 30 de septiembre de 1980.

[2] Fue publicada en el *Diario Oficial* el 24 de octubre de 1980.

Actualidad Juridica 36.indd 246 01-09-17 11:59

Lo señalado, y que se contiene en el *Código Tributario*, específicamente en el artículo 162 inc. 1, y en la Ley Orgánica del Servicio, importa una excepción a la obligación que el artículo 84 del *Código Penal*, en su Nº 3, impone a los empleados públicos en el sentido de denunciar los delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

Con la modificación del sistema procesal penal por medio de la Ley Orgánica Nº 19.640[3], se planteó si esta facultad contenida en una norma anterior, debía entenderse derogada. Sin embargo, la ley Nº 19.806[4] sobre normas adecuatorias a la reforma procesal penal, ratificó la facultad referida al modificar el *Código Tributario* y la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, en términos tales que la hizo armónica con el nuevo sistema. En consecuencia, aunque en el nuevo proceso penal el ejercicio de la acción penal le corresponde por orden constitucional al Ministerio Público, de todas formas la investigación que este inicie está supeditada a que exista una querella o una denuncia que reconozca como autor al director nacional del Servicio.

En otras palabras, aunque el Ministerio Público tiene el monopolio en la investigación penal[5], no tiene la atribución de iniciar dicha investigación, si no existe una querella o una denuncia previa, toda vez que la acción por delito tributario no es una acción penal pública, sino que una acción que requiere previamente una instancia particular. El artículo 54 del *Código* del ramo ratifica lo dicho al distinguir dentro de los delitos de acción pública, los que lo son previa instancia particular. Estos son aquellos que el Ministerio Público, no puede proceder de oficio sin que, a lo menos el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía. Estos delitos son, letra g), "Los que otras leyes señalaren en forma expresa".

El Servicio, como querellante, debe actuar como colaborador y, en cierto modo, erigirse en el control externo del Ministerio Público en la persecución penal. A diferencia del querellante conjunto adhesivo, este querellante actúa de forma conjunta al Ministerio Público y de un modo que es autónomo.

Lo expresado aparece ratificado en diversas normas. Por de pronto, la Ley Orgánica del Servicio establece en su artículo 7º entre las atribuciones, responsabilidades y obligaciones del director nacional, la "tuición de los casos de investigación de delitos tributarios sancionados con alguna pena corporal…".

---

[3] Publicada en el *Diario Oficial*, 15 de octubre de 1999.

[4] Publicada en el *Diario Oficial*, 31 de mayo de 2002.

[5] Con anterioridad a la entrada en vigencia del *Código Procesal Penal* del año 2000, la facultad de investigar que correspondía al Servicio, lo que tiene su fundamento legal inmediato, como exige el artículo 60 Nº 18 de la Constitución Política, específicamente en el artículo 161 Nº 10 del DL Nº 830 de 31 de diciembre de 1974 sobre *Código Tributario* que prescribía: "…corresponderá al Servicio investigar los hechos que servirán de fundamento a la respectiva denuncia o querella…", otorgándosele en los incisos siguientes de dicho artículo atribuciones especiales para dicha función, tales como la aposición de sellos, incautación de libros y la autotela ejecutiva con respecto a la resolución que ordene dichas medidas.

Actualidad Juridica 36.indd 247 01-09-17 11:59

Al subdirector jurídico, por su parte, de acuerdo con el artículo 15 del mismo DFL, le corresponde "investigar administrativamente las infracciones tributarias sancionadas por la ley con pena corporal".

Tratándose de este tipo de delitos, esto es, delitos de acción pública previa instancia particular, el Fiscal no debiera proceder sin que, a lo menos, se hubiere denunciado el hecho con arreglo al artículo 54, salvo para realizar los actos urgentes de investigación o los absolutamente necesarios para impedir o interrumpir la comisión del delito. La alternativa que da la ley en orden a que los fiscales del Ministerio Público puedan decidir no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, se descarta que se aplique cuando existe querella, y aun no existiendo, si existe denuncia, porque el Ministerio Público no tiene dicha facultad cuando se trate de un hecho que compromete gravemente el interés público; o si la pena mínima asignada al delito no excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo –que es el caso de todos los delitos tributarios–.

Como consecuencia del caso PENTA[6], en el que se observó un trato discriminatorio del Servicio, puesto que mientras que ahí se querelló en contra de destacados dirigentes de la oposición, en el resto de los casos –informados públicamente– o presentaba las querellas fuera de plazo o simplemente no las presentaba, se discutió la conveniencia de que se modificara la ley, y se autorizara a los fiscales investigar los hechos que fueran constitutivos de delito tributario, con independencia de lo que decidiera el director nacional.

Tres exfuncionarias del Servicio[7] recurrieron a la Contraloría General de la República, para que dicho organismo, que ejerce el control de legalidad

[6] Analizado en detalle en ASTE (2016), p. 779.

[7] Maritza Navarrete y Paulina Carrasco, Marisa Navarrete Novoa le pidieron a la Contraloría que revisara la legalidad de lo obrado por el Servicio de Impuestos Internos (SII), en materia de recopilación de antecedentes y ejercicio de las facultades que le confiere el inciso tercero del artículo 162 del *Código Tributario*, para efectos de la persecución de los ilícitos tributarios vinculados con casos que serían constitutivos de financiamiento irregular de la política. En tal sentido, manifestaron que respecto de las empresas involucradas en tales hechos "que se sometieron al procedimiento de autodenuncia propuesto por el SII, el Servicio no ha ejercido hasta la fecha acciones que impliquen ejercicio de la facultad establecida en el artículo 162 del Código Tributario, esto es, optar entre ejercer acción penal o perseguir la sanción pecuniaria". Agregaron que la "inactividad del SII o la falta de acción oportuna de dicho organismo tiene consecuencias graves para el patrimonio fiscal, al dejar de ejercer las funciones que le ha entregado la ley y que tienen como límite evidente los plazos de prescripción de dichas acciones". En dicho contexto, plantearon que en un caso vinculado con Carlos Ominami Pascual, el SII habría interpuesto la querella después de siete meses desde que el Ministerio Público le comunicó sobre su eventual participación punible, demora que generó, en concepto de las recurrentes, la prescripción de la acción penal. Finalmente, cuestionaron que el anotado servicio, a partir del año 2015 esté interponiendo querellas "nominativas", es decir, dirigidas en contra de personas individualizadas, y ya no respecto de todos los que resulten responsables de los hechos contenidos en ellas, como lo hacía con anterioridad.

Actualidad Juridica 36.indd 248 01-09-17 11:59

de los actos de la administración, revisara la legalidad del procedimiento utilizado. El Servicio, en su repuesta, precisó que, con el fin de no saturar la justicia criminal, el artículo 162 del *Código Tributario* contempla la posibilidad de que su Director determine no perseguir la sanción corporal y pecuniaria de un delito tributario en un proceso penal, y opte por perseguir solo la sanción pecuniaria en un procedimiento distinto. Añade que ello es armónico con el principio de extrema *ratio* del Derecho Penal, debiendo, por ende, ejercerse restrictiva y racionalmente la acción criminal por parte del Servicio. Agregó que, para fundar una adecuada decisión sobre la materia, la ley prevé una etapa previa denominada "recopilación de antecedentes", la cual ha sido regulada internamente mediante la circular N° 8, de 2010, en la que se indican cuáles son los "criterios históricos" sobre cuya base el director del SII adopta su decisión de querellarse o no.

Indicó el Servicio que la interposición de querellas "nominativas" obedece al hecho de que la decisión que adopta el Director se funda en un proceso de recopilación de antecedentes, que supone un estudio pormenorizado de los hechos relativos a los contribuyentes. No resulta, en concepto de las autoridades de ese organismo, plausible dirigir la acción penal en contra de personas que no han sido objeto de dicho examen –como ocurriría si se utiliza la fórmula "contra quien resulte responsable"–, pues se propiciaría que a aquellas se les apliquen sanciones penales, pese a que, a su respecto, no se ha ponderado la opción de perseguir solo la imposición de la sanción pecuniaria, dejándolas en una situación de discriminación.

Hasta acá la posición del Servicio no solo está conforme a derecho, sino que, además y a mayor abundamiento, de acuerdo con uno de los principios basales de la democracia, que es el derecho a un debido proceso.

El punto a resolver, por lo tanto, es si corresponde que esta acción penal dependa de la discrecionalidad de su Director, toda vez que no parece razonable ni consecuentemente justo que frente a los mismos hechos, la autoridad obre de un modo diferenciado. No parece lógico que se querelle contra ciertos boleteros o determinadas empresas y que no lo haga contra otros. Se asume que eso no ocurriría si la acción penal radica en la Fiscalía. Se considera que ese órgano, como es autónomo, no está influido por el gobierno de turno, el que, sin decirlo, se asume que intervino en el caso PENTA azuzando al órgano de fiscalización para que procediera contra sus dueños –relacionados con el expresidente Piñera y el principal partido que lo apoyaba–.

Para evitar que decisiones tan relevantes sean determinadas por lo ideológico, se consideró pertinente que la decisión de investigar los ilícitos tributarios no dependiera de un órgano administrativo.

El problema es que si se quiere evitar la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, la pregunta obvia es si eso se resuelve con ese cambio legislativo. No se observa de qué forma o de qué modo se garantiza que la investigación sea igualitaria para los contribuyentes, si dicha decisión queda a mer-

Actualidad Juridica 36.indd 249 01-09-17 11:59

ced de cualquier fiscal, que también tiene una concepción ideológica, además de un entorno al que es más afín. La verdad es que lo que ocurrirá es que cada fiscal ampliará la cobertura de poder y lo que haga o no haga una empresa podrá ser sometido al escrutinio penal, si alguien –cualquiera– considera que es delictiva. Bastaría que un contador entendiera que el servicio prestado por una empresa relacionada es ideológicamente falso, para que la fiscalía ordene la incautación, o que alguien considere que una reestructuración empresarial tiene motivación tributaria, para que se inicie una investigación. Como puede argumentarse en contrario, sí existen casos que resultan formalizados que, en verdad, carecen de toda consistencia técnica. Hechos evidentemente prescritos o estafas que son investigadas, pese a que, a la fecha en que se produjeron los hechos, las partes –querellante y querellado– estaban casados.

No, la verdad es que no hay ninguna garantía de justicia, de igualdad o de ambas. Al revés, los contribuyentes quedarían a merced de los criterios de cada fiscal, los que, por lo demás, no tienen ninguna especialidad tributaria. Los impuestos son complejos. Las normas son técnicas y requieren de un conocimiento que no lo entrega el pregrado. Es más, ni aun lo posgrados. Se exige una experiencia práctica, un conocimiento que excede lo normativo. Se requiere conocer el funcionamiento de la empresa y saber la mecánica operativa de los negocios. Sin ese conocimiento, cualquier transacción económica puede ser cuestionada, desde una cesión de un crédito al castigo de un incobrable.

El único órgano que garantiza el conocimiento que se requiere para hacer esta ponderación es el Servicio. Así ocurre, por lo demás, no solo en Chile sino, también, en otros países. La razón es muy simple: es el órgano fiscalizador el que orienta su acción punitiva, procurando maximizar la aplicación y correcta fiscalización de los tributos en función de los objetivos que persiguen los impuestos, y que no son solo financieros. Otra cosa, pero distinta, y que tiene por objetivo evitar o atenuar la discrecionalidad, es que el legislador incorpore factores objetivos como condición de punibilidad. Puede ser el plazo de los hechos, la naturaleza de la infracción, el monto del perjuicio, etc.

Corresponde consignar que el Servicio es un órgano descentralizado que integra la Administración del Estado con arreglo al inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 18.575. El artículo 6° del C*ódigo Tributario* previene que compete al SII la aplicación y fiscalización administrativa de las disposiciones tributarias. Es en este contexto, que el inciso primero del artículo 162 del referido C*ódigo* establece:

> "Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querella del Servicio. Con todo, la querella podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director".

Actualidad Juridica 36.indd 250 01-09-17 11:59

Agrega su inciso segundo:

> "En las investigaciones penales y en los procesos que se incoen, la representación y defensa del Fisco corresponderá sólo al Director, por sí o por medio de mandatario, cuando la denuncia o querella fuere presentada por el Servicio, o sólo al Consejo de Defensa del Estado, en su caso. El denunciante o querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal. En todo caso, los acuerdos reparatorios que celebre, conforme al artículo 241 del Código Procesal Penal, no podrán contemplar el pago de una cantidad de dinero inferior al mínimo de la pena pecuniaria, sin perjuicio del pago del impuesto adeudado y los reajustes e intereses penales que procedan de acuerdo al artículo 53 de este Código".

El inciso tercero del citado artículo 162 dispone:

> "Si la infracción pudiere ser sancionada con multa y pena privativa de libertad, el Director podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva denuncia o querella o enviar los antecedentes al Director Regional para que persiga la aplicación de la multa que correspondiere a través del procedimiento administrativo previsto en el artículo anterior".

Se advierte de la normativa que arriba se reproduce que la infracción tributaria siempre tiene una sanción. Puede ser multa y pena privativa de libertad o solo multa. Le compete al Director definir, en todo caso, si persigue solo la sanción de multa o si, por el contrario, la multa y la prisión. Lo razonable es que ejerza preferentemente la sanción económica y que la acción penal la reserve para aquellos casos que resultan más extremos. Debe subrayarse que el perseguir una acción u otra no implica extinguir la deuda tributaria que se evadió o se disminuyó con la utilización del procedimiento doloso, toda vez que esa diferencia cuantitativa se expresa o traduce en una liquidación, giro o resolución administrativa, dependiendo el caso que se trate.

Si opta por la aplicación de la multa y la pena privativa de libertad, lo que procede es que presente una querella o una denuncia. Si opta, en cambio, por sancionar el hecho solo con la multa, lo que debe hacer es remitir los antecedentes al Director Regional que corresponda, a efecto de que este la persiga, mediante el procedimiento que regula el artículo 161 del *Código Tributario*.

La decisión que se adopte debe ser razonada, ya que, conforme al principio de juridicidad, es determinante que la decisión no obedezca al mero capricho de la autoridad, sino que a criterios objetivos que le otorguen legitimidad. Las autoridades y los funcionarios del SII están obligados a observar el principio de imparcialidad consagrado en el artículo 11 de la ley N° 19.880, conforme al cual tanto en la substanciación de sus procedimientos como en las resoluciones que adopten han de actuar con objetividad y respetar el principio de probidad, el que, a su vez, les impone la obligación de emplear me-

Actualidad Juridica 36.indd 251 01-09-17 11:59

dios idóneos de diagnóstico, decisión y control, según lo ordena el artículo 53 de la ley N° 18.575.

Conforme los principios de juridicidad, eficiencia y eficacia[8], y de celeridad y economía procedimental contemplados en los artículos 7° y 9° de la ley N° 19.880, corresponde que el Servicio ejerza oportunamente alguna de las facultades que el inciso tercero del artículo 162 del *Código Tributario* le confiere cuando se trate de las infracciones tributarias que allí se consignan, de modo de evitar que las acciones destinadas a su persecución y sanción se extingan por prescripción.

I. Ejercicio de la acción penal

Decidido por el Director Nacional que corresponde ejercer la acción penal, debe proceder bajo la forma de una denuncia o querella, la que debe dirigir al fiscal, quien puede realizar por sí mismo o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que considere conducente al esclarecimiento de los hechos.

Lo normal y que es lo que ocurre es que la acción penal se traduzca o materialice en una querella, que debe presentarse por escrito ante el juez de garantía y debe contener:

1) La designación del tribunal ante el cual se entablare;
2) La individualización del querellante;
3) El nombre, apellido, profesión u oficio y residencia del querellado, o una designación clara de su persona, si el querellante ignorare aquellas circunstancias;
4) La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere ejecutado, si se supieren;
5) La expresión de las diligencias cuya práctica se solicitare al ministerio público y
6) La firma del querellante o la de otra persona a su ruego, si no supiere o no pudiere firmar.

Es rarísimo que la investigación se inicie con una denuncia, concebida esta como el aviso verbal o escrito a la justicia o a sus agentes, sobre la comisión de un hecho al parecer delictuoso, a fin de que se investigue y sancione a sus responsables, sin la intención de formar parte en el proceso.

Inadmisibilidad de la querella

La querella no será admitida a tramitación por el juez de garantía:

1) Cuando fuere presentada extemporáneamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 112;

[8] Que consagran los artículos 2°, 3° y 5° de la ley N° 18.575.

Actualidad Juridica 36.indd 252 01-09-17 11:59

2) Cuando, habiéndose otorgado por el juez de garantía un plazo de tres días para subsanar los defectos que presentare por falta de alguno de los requisitos señalados en el artículo 113, el querellante no realizare las modificaciones pertinentes dentro de dicho plazo;
3) Cuando los hechos expuestos en ella no fueren constitutivos de delito;
4) Cuando de los antecedentes contenidos en ella apareciere de manifiesto que la responsabilidad penal del imputado se encuentra extinguida. En este caso, la declaración de inadmisibilidad se realizará previa citación del ministerio público y
5) Cuando se dedujere por persona no autorizada por la ley[9].

Apelación de la resolución

La resolución que declarare inadmisible la querella será apelable, pero sin que en la tramitación del recurso pueda disponerse la suspensión del procedimiento. La resolución que admitiere a tramitación la querella será inapelable.

Querella rechazada

Cuando no se diere curso a una querella en que se persiguiere un delito de acción pública o previa instancia particular, porque fue presentada extemporáneamente[10]; o porque, habiéndose otorgado por el juez de garantía un plazo de tres días para subsanar los defectos que presentare[11], el querellante no realizare las modificaciones pertinentes dentro de dicho plazo; el juez la pondrá en conocimiento del ministerio público para ser tenida como denuncia, siempre que no le constare que la investigación del hecho hubiere sido iniciada de otro modo.

Desistimiento

El querellante puede desistirse de su querella en cualquier momento del procedimiento. En ese caso, tomará a su cargo las costas propias y quedará sujeto a la decisión general sobre costas que dictare el tribunal al finalizar el procedimiento.

[9] En la especie no aplica la disposición que prohíbe querellarse entre sí, sea por delitos de acción pública o privada: 1) Los cónyuges, a no ser por delito que uno hubiere cometido contra el otro o contra sus hijos, o por el delito de bigamia. 2) Los convivientes civiles, a no ser por delito que uno hubiere cometido contra el otro o contra sus hijos. 3) Los consanguíneos en toda la línea recta, los colaterales y afines hasta el segundo grado, a no ser por delitos cometidos por unos contra los otros, o contra su cónyuge o hijos.

[10] De acuerdo con lo establecido en el artículo 112 del *Código Procesal Penal*.

[11] Por falta de alguno de los requisitos señalados en el artículo 113 del *Código Procesal Penal*.

Actualidad Juridica 36.indd 253 01-09-17 11:59

Derechos del querellado frente al desistimiento

El desistimiento de la querella dejará a salvo el derecho del querellado para ejercer, a su vez, la acción penal o civil a que dieren lugar la querella o acusación calumniosa, y a demandar los perjuicios que le hubiere causado en su persona o bienes y las costas. Se exceptúa el caso en que el querellado hubiere aceptado expresamente el desistimiento del querellante.

Abandono de la querella

El tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, declarará abandonada la querella por quien la hubiere interpuesto:

1) Cuando no adhiriere a la acusación fiscal o no acusare particularmente en la oportunidad que correspondiere;
2) Cuando no asistiere a la audiencia de preparación del juicio oral sin causa debidamente justificada y
3) Cuando no concurriere a la audiencia del juicio oral o se ausentare de ella sin autorización del tribunal.

La resolución que declarare el abandono de la querella será apelable, sin que en la tramitación del recurso pueda disponerse la suspensión del procedimiento. La resolución que negare lugar al abandono será inapelable.

Efectos del abandono

La declaración del abandono de la querella impedirá al querellante ejercer los derechos que en esa calidad le confiere este *Código*.

II. Diligencias

Ya advertimos que el único que puede ejercer la acción penal es el director del Servicio, y que el único que puede dirigir y, consecuentemente, llevar a cabo la investigación es el Ministerio Público.

Si repasamos la *Historia de la Ley*, observaremos que este tema no fue pacífico. Consta que el senador Díez observaba que, aunque todos estaban de acuerdo en que la acción penal pública la ejerciera el Fiscal, eso no obstaba a que existieran leyes especiales que permitieran encargar la investigación a otras personas, como los investigadores de delitos tributarios que se desempeñan en Impuestos Internos. Lo demás, opinó que significaría centralizar la investigación, hacerla inoperante. Señaló que no se estaba dictando una normativa para un país inexistente y que recién se había fundado[12].

[12] *Diario de Sesiones Senado*, de fecha 3 de junio de 1997.

Actualidad Juridica 36.indd 254 01-09-17 11:59

Otros senadores, en cambio, señalaban que la idea era que la investigación la llevara a cabo un solo órgano –senadores Soledad Alvear y Miguel Otero–. Este último intentó fijar el sentido de lo que constituye la función de dirigir al señalar:

> "no es el Ministerio Público el que investiga. Quienes investigan son los Servicios Policiales que establece la Constitución Política de la República: el Servicio de Investigaciones y Carabineros de Chile. Hay una diferencia fundamental entre dirigir la investigación y realizarla. Lo primero significa expresamente orientar, guiar, aconsejar a quien realiza un trabajo. El Ministerio Público dirige; no ejecuta la investigación. Si dijéramos 'El Ministerio Público investigará', se daría el caso señalado por el Senador señor Diez: ni Investigaciones ni Carabineros podrían investigar, porque para ello tendrían que formar parte del Ministerio Público. En realidad, éste dirige la investigación[13]. Cuando hablamos de los delitos que puede investigar el Servicio de Impuestos Internos, o que hoy día puede estar indagando el Consejo de Defensa del Estado, debemos entender que todas las leyes pertinentes tendrán que modificarse cuando se cree el Ministerio Público. Lo que se persigue es que haya un solo organismo que dirija las investigaciones por poseer tal tecnificación, tal capacidad, tal autonomía, tal independencia, que ofrezca la garantía correspondiente".

En concreto, en el nuevo sistema procesal penal, el Ministerio Público ejerce exclusivamente la facultad de investigar y, tratándose de hechos que puedan revestir el carácter de delito tributario, el Servicio de Impuestos Internos ya no tiene bajo sus funciones la investigación de estos hechos, sino que, solamente, la recopilación de los mismos, es decir, acopiar los elementos que se consideren necesarios para que el Director pueda adoptar su decisión.

El fiscal debe proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación de los hechos que revisten los caracteres de delito, de los antecedentes relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes y de las circunstancias que sirvieren para verificar su responsabilidad. Asimismo, debe impedir que el hecho denunciado produzca consecuencias ulteriores. Los fiscales podrán exigir información de

[13] En este mismo sentido señala María Inés Horvitz: "el Ministerio Público tiene a su cargo la dirección de la investigación de los delitos, cuya ejecución material corresponderá regularmente a la policía". Sobre lo mismo, el exfiscal Sabas Chahuán, señaló: "Los fiscales no serán los que, directamente, realicen la labor técnica de investigación; para ello existe la policía. Empero, como veremos, sí recae sobre el Ministerio Público la responsabilidad del diseño de una forma de abordar la etapa de investigación, obrando conjuntamente con los agentes policiales, y enfocar lo que se obtenga, dándole un 'sustrato' jurídico, hacia la realización de un juicio oral o la adopción de otra forma de término del procedimiento. Es, como se ha dicho, una dirección funcional".

Actualidad Juridica 36.indd 255 01-09-17 11:59

toda persona o funcionario público, los que no podrán excusarse de proporcionarla, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley.

Para el cumplimiento de los fines de la investigación el fiscal puede disponer la práctica de operaciones científicas, la toma de fotografías, filmación o grabación y, en general, la reproducción de imágenes, voces o sonidos por los medios técnicos que resultaren más adecuados, requiriendo la intervención de los organismos especializados.

Proposición de diligencias

Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento pueden solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal debe ordenar que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. Si el fiscal rechazare la solicitud, se puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia.

Secreto de la investigación para los terceros

Las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento. Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación están obligados a guardar secreto respecto de ellas.

Derecho del imputado
y de los demás intervinientes

El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento pueden examinar los registros y los documentos de la investigación fiscal y policial.

Excepción

El fiscal puede disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación.

Contra excepción

No se puede decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.

Actualidad Juridica 36.indd 256 01-09-17 11:59

Derecho del imputado y de los intervinientes

El imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él o a las personas a quienes afectare.

Derechos del imputado durante la investigación

1. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.
2. Tiene derecho a prestar declaración voluntaria. En ese caso, esto es, si decide prestar declaración, tiene derecho a que el fiscal le comunique detalladamente cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojare en su contra.
3. En el caso que el examen del imputado se prolongare por mucho tiempo, o si se le hubiere dirigido un número de preguntas tan considerable que provocare su agotamiento, tiene derecho a que se le conceda un descanso prudente y necesario para su recuperación.

Obligaciones del imputado

1. Durante la etapa de investigación, el imputado está obligado a comparecer ante el fiscal cuando este así lo dispusiere.
2. No puede negarse a proporcionar al Ministerio Público su completa identidad, debiendo responder las preguntas que se le dirigieren con respecto a su identificación.
3. En el registro que de la declaración se practicare se debe hacer constar la negativa del imputado a responder una o más preguntas, y el tiempo del interrogatorio.

III. Formalización de la investigación

Es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

Actualidad Juridica 36.indd 257 01-09-17 11:59

1. Oportunidad

El fiscal puede formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

Excepción

El fiscal debe formalizar la investigación en los siguientes casos:

1.1. Cuando requiera la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación;
1.2. Cuando decrete la recepción anticipada de prueba o
1.3. Cuando se pronuncie sobre medidas cautelares.

2.- Audiencia de formalización

Hay que distinguir si el imputado se encuentra o no detenido: Si no está detenido, y el fiscal deseare formalizar la investigación respecto de él, debe solicitarle al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima, mencionando la individualización del imputado, la indicación del delito que se le atribuyere, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación en el mismo. A esta audiencia debe citarse al imputado, a su defensor y a los demás intervinientes en el procedimiento.

En la audiencia, el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado y las solicitudes que efectuare al tribunal. Enseguida, el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente. A continuación, el juez debe abrir debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen.

El imputado puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público, según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considerare que esta hubiere sido arbitraria[14].

[14] Si está detenido, circunstancia que podría ocurrir por haber sido sorprendido en delito flagrante, el detenido deberá ser puesto a disposición del juez en el plazo máximo de veinticuatro horas. En dicha audiencia, deberá concurrir el fiscal, quien podrá proceder a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el caso de que no pudiere proceder de la manera indicada, el fiscal puede solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez debe acceder a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida.

Actualidad Juridica 36.indd 258 01-09-17 11:59

3.- Efectos de la formalización de la investigación

La formalización de la investigación produce los siguientes efectos:

3.1. Suspende el curso de la prescripción de la acción penal;
3.2. Comienza a correr el plazo para concluir la investigación y
3.3. El Ministerio Público pierde la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento.

4.- Plazo para el cierre de la investigación

Cuando el juez de garantía, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, y oyendo al Ministerio Público, lo considerare necesario, con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes y siempre que las características de la investigación lo permitieren, podrá fijar, en la misma audiencia, un plazo para el cierre de la investigación, al vencimiento del cual se producirán los efectos previstos en el artículo 247.

Transcurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal debe proceder a cerrarla. Si el fiscal no declarare cerrada la investigación en el plazo señalado, el imputado o el querellante podrán solicitar al juez que aperciba al fiscal para que proceda a tal cierre.

Para estos efectos, el juez debe citar a los intervinientes a una audiencia y, si el fiscal no compareciere a la audiencia o si, compareciendo, se negare a declarar cerrada la investigación, el juez decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Esta resolución será apelable. Si el fiscal se allanare a la solicitud de cierre de la investigación, deberá formular en la audiencia la declaración en tal sentido y tendrá el plazo de diez días para deducir acusación. Transcurrido este plazo sin que se hubiere deducido la acusación, el juez, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, citará a una audiencia y dictará sobreseimiento definitivo en la causa. El plazo de dos años se suspende cuando se disponga la suspensión condicional del procedimiento o se decretare sobreseimiento temporal en conformidad a lo previsto en el artículo 252.

5.- Juicio inmediato

En la audiencia de formalización de la investigación, el fiscal puede solicitar al juez que la causa pase directamente a juicio oral. Si el juez acogiere dicha solicitud, en la misma audiencia el fiscal deberá formular verbalmente su acusación y ofrecer prueba. También en la audiencia el querellante podrá adherirse a la acusación del fiscal o acusar particularmente y deberá indicar las pruebas de que pensare valerse en el juicio. El imputado podrá realizar las alegaciones que correspondieren y ofrecer, a su turno, prueba.

Actualidad Juridica 36.indd 259 01-09-17 11:59

Al término de la audiencia, el juez dictará auto de apertura del juicio oral. No obstante, podrá suspender la audiencia y postergar esta resolución, otorgando al imputado un plazo no menor de quince ni mayor de treinta días, dependiendo de la naturaleza del delito, para plantear sus solicitudes de prueba.

Las resoluciones que el juez dictare en conformidad a lo dispuesto en este artículo no serán susceptibles de recurso alguno.

IV. Salidas alternativas

1. Suspensión condicional del procedimiento

El fiscal, con el acuerdo del imputado, puede solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento. El juez podrá requerir del Ministerio Público los antecedentes que estimare necesarios para resolver.

La suspensión condicional del procedimiento
podrá decretarse

1.1. Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad y
1.2. Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

La presencia del defensor del imputado en la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento constituirá un requisito de validez de la misma. Si el querellante asistiere a la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberá ser oído por el tribunal.

Al decretar la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado, por el plazo que determine, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres.

Durante dicho periodo no se reanudará el curso de la prescripción de la acción penal. Asimismo, durante el término por el que se prolongare la suspensión condicional del procedimiento se suspenderá el plazo previsto en el artículo 247. La resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por el ministerio público y por el querellante.

La suspensión condicional del procedimiento no impedirá de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

Actualidad Juridica 36.indd 260 01-09-17 11:59

Contenido

En virtud de la suspensión, el imputado estará sujeto al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones:

1.- Residir o no residir en un lugar determinado;
2.- Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas;
3.- Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza;
4.- Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación;
5.- Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento;
6.- Acudir periódicamente ante el Ministerio Público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas y
7.- Fijar domicilio e informar al Ministerio Público de cualquier cambio del mismo. Durante el periodo de suspensión y oyendo en una audiencia a todos los intervinientes que concurrieren a ella, el juez podrá modificar una o más de las condiciones impuestas.

Revocación de la suspensión condicional

Cuando el imputado incumpliere, sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas, o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos, el juez, a petición del fiscal o la víctima, revocará la suspensión condicional del procedimiento, y este continuará de acuerdo con las reglas generales. La resolución que por este concepto se dicte, será apelable.

Efectos de la suspensión condicional
del procedimiento

La suspensión condicional del procedimiento no extingue las acciones civiles de la víctima o de terceros. Sin embargo, si la víctima recibiere pagos, ellos se imputarán a la indemnización de perjuicios que le pudiere corresponder. Transcurrido el plazo que el tribunal hubiere fijado, sin que la suspensión fuere revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo.

2. Acuerdos reparatorios

Aunque no debieran aplicar en materia tributaria, porque estos resultan procedentes solo cuando los hechos investigados afectan bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, y el patrimonio del Estado no es un bien jurídico que podríamos calificar propiamente como disponible, la ley tributaria en su

Actualidad Juridica 36.indd 261 01-09-17 11:59

artículo 161 expresamente los autoriza, al considerarlos como válidos si contemplan el pago de una cantidad de dinero que no puede ser inferior al mínimo de la pena pecuniaria, y siempre que dicho pago incluya el impuesto adeudado y los reajustes e intereses penales que procedan de acuerdo al artículo 53 del *Código*.

La ley establece que el imputado y la víctima (el colectivo social representado por el Servicio) pueden convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía debe aprobar, en audiencia que debe citar a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

El juez, de oficio o a petición del Ministerio Público, debe negar su aprobación si los acuerdos reparatorios convenidos versan sobre hechos que la ley no autoriza, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entiende especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.

Efectos penales del acuerdo reparatorio

Junto con aprobar el acuerdo reparatorio propuesto, el tribunal debe dictar sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa, con lo que se extinguirá, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado.

Efectos civiles del acuerdo reparatorio

Ejecutoriada la resolución judicial que aprobare el acuerdo reparatorio, podrá solicitarse su cumplimiento ante el juez de garantía con arreglo a lo establecido en los artículos 233 y siguientes del *Código de Procedimiento Civil*. El acuerdo reparatorio no podrá ser dejado sin efecto por ninguna acción civil.

Oportunidad para pedir y decretar la suspensión condicional del procedimiento o los acuerdos reparatorios

La suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio puede solicitarse y decretarse en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación. Si no se planteare en esa misma audiencia la solicitud respectiva, el juez citará a una audiencia, a la que podrán comparecer todos los intervinientes en el procedimiento.

Una vez declarado el cierre de la investigación, la suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio solo podrán ser decretados durante la audiencia de preparación del juicio oral.

Actualidad Juridica 36.indd 262 01-09-17 11:59

Oportunidad para pedir y decretar la suspensión condicional del procedimiento

La suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio puede solicitarse y decretarse en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación. Si no se planteare en esa misma audiencia la solicitud respectiva, el juez citará a una audiencia, a la que podrán comparecer todos los intervinientes en el procedimiento. Una vez declarado el cierre de la investigación, la suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio sólo puede decretarse durante la audiencia de preparación del juicio oral.

V. Conclusión de la investigación

Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes:

1.- *Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, o comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento*, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación; o

2.- *Formular acusación*, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma.

Desarrollo

1. Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal

Cuando el fiscal decidiere solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal, o comunicar la decisión de no perseverar el procedimiento, deberá formular su requerimiento al juez de garantía, quien citará a todos los intervinientes a una audiencia.

1.1.- Sobreseimiento definitivo

El sobreseimiento definitivo pone término al procedimiento y tiene la autoridad de cosa juzgada.

1.2.- Sobreseimiento temporal

El juez de garantía decretará el sobreseimiento temporal en los siguientes casos:

Actualidad Juridica 36.indd 263 01-09-17 11:59

1.2.1. Cuando para el juzgamiento criminal se requiriere la resolución previa de una cuestión civil[15];
1.2.2. Cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde[16] y
1.2.3. Cuando, después de cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental[17], el sobreseimiento solo será impugnable por la vía del recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Reapertura del procedimiento al cesar la causal de sobreseimiento temporal

A solicitud del fiscal o de cualquiera de los restantes intervinientes, el juez podrá decretar la reapertura del procedimiento cuando cesare la causa que hubiere motivado el sobreseimiento temporal.

Facultades del juez respecto del sobreseimiento

El juez de garantía, al término de la audiencia, se pronunciará sobre la solicitud de sobreseimiento planteada por el fiscal. Podrá acogerla, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla, si no la considerare procedente. En este último caso, dejará a salvo las atribuciones del ministerio público de formular acusación o declarar su voluntad de no perseverar en la investigación.

1.3.- La comunicación de la decisión de no perseverar

Deja sin efecto la formalización de la investigación y da lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido.

Reapertura de la investigación

Hasta la realización de la audiencia y durante la misma, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado. Si el juez de garantía acogiere la solicitud, ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará. Podrá el fiscal, en dicho evento y por una sola vez, solicitar ampliación del mismo plazo.

[15] De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 del *Código Procesal Penal*.
[16] De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99 y siguientes del *Código Procesal Penal*.
[17] De acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto del *Código Procesal Penal*.

Actualidad Juridica 36.indd 264 01-09-17 11:59

El juez no decretará ni renovará las siguientes diligencias:

1.- Aquellas que en su oportunidad se hubieren ordenado a petición de los intervinientes y no se hubieren cumplido por negligencia o hecho imputable a los mismos;
2.- Aquellas que fueren manifiestamente impertinentes;
3.- Aquellas que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios;
4.- En general, todas aquellas que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios.

Vencido el plazo o su ampliación, o aun antes de ello si se hubieren cumplido las diligencias, el fiscal cerrará nuevamente la investigación y procederá disponiendo el sobreseimiento, su voluntad de no perseverar en el procedimiento, o de acusar, según el caso.

Forzamiento de la acusación

Si el querellante particular se opusiere a la solicitud de sobreseimiento formulada por el fiscal, el juez dispondrá que los antecedentes sean remitidos al fiscal regional, a objeto de que este revise la decisión del fiscal a cargo de la causa. Si el fiscal regional, dentro de los tres días siguientes, decidiere que el Ministerio Público formulará acusación, dispondrá simultáneamente si el caso habrá de continuar a cargo del fiscal que hasta el momento lo hubiere conducido, o si designará uno distinto. En dicho evento, la acusación del Ministerio Público deberá ser formulada dentro de los diez días siguientes, de conformidad a las reglas generales.

Por el contrario, si el fiscal regional, dentro del plazo de tres días de recibidos los antecedentes, ratificare la decisión del fiscal a cargo del caso, el juez podrá disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante, quien la habrá de sostener en lo sucesivo en los mismos términos que este C*ódigo* lo establece para el Ministerio Público o, bien, procederá a decretar el sobreseimiento correspondiente.

En caso de que el fiscal hubiere comunicado la decisión de no perseverar en el procedimiento, el querellante puede solicitar al juez que lo faculte para acusar y continuar como acusador. La resolución que negare lugar a una de las solicitudes que el querellante formulare de conformidad a este artículo será inapelable, sin perjuicio de los recursos que procedieren en contra de aquella que pusiere término al procedimiento.

2.- Acusación

La acusación deberá contener en forma clara y precisa:

2.1. La individualización de el o los acusados y de su defensor;
2.2. La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;

Actualidad Juridica 36.indd 265 01-09-17 11:59

2.3. La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal;
2.4. La participación que se atribuyere al acusado;
2.5. La expresión de los preceptos legales aplicables;
2.6. El señalamiento de los medios de prueba de que el Ministerio Público pensare valerse en el juicio;
2.7. La pena cuya aplicación se solicitare y
2.8. En su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo con el procedimiento abreviado.

Si, el fiscal ofreciere rendir prueba de testigos, deberá presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia. En el mismo escrito deberá individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicitare, indicando sus títulos o calidades. La acusación solo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

Oportunidad para acusar

Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá:

1.- Adherir a la acusación del Ministerio Público o acusar particularmente. En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación.
2.- Señalar los vicios formales de que adoleciere el escrito de acusación, requiriendo su corrección.
3.- Ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación, lo que deberá hacerse en los mismos términos previstos en el artículo 259 y
4.- Deducir demanda civil, cuando procediere.

VI. Audiencia de preparación de juicio oral

Presentada la acusación, el juez de garantía ordenará su notificación a todos los intervinientes y citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá tener lugar en un plazo no inferior a veinticinco ni superior a treinta y cinco días. Al acusado se le debe entregar copia de la acusación, en la que se dejará constancia, además, del hecho de encontrarse a su disposición, en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación.

Actualidad Juridica 36.indd 266 01-09-17 11:59

Plazo de notificación

Las actuaciones del querellante, las acusaciones particulares, adhesiones y la demanda civil deberán ser notificadas al acusado, a más tardar, diez días antes de la realización de la audiencia de preparación del juicio oral.

Facultades del acusado

Hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, o al inicio de dicha audiencia, en forma verbal, el acusado podrá:

1.- Señalar los vicios formales de que adoleciere el escrito de acusación, requiriendo su corrección.
2.- Deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento y
3.- Exponer los argumentos de defensa que considere necesarios y señalar los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicitare, en los mismos términos previstos en el artículo 259.

Excepciones de previo y especial pronunciamiento

El acusado podrá oponer como excepciones de previo y especial pronunciamiento las siguientes:

1.- Incompetencia del juez de garantía.
2.- *Litis* pendencia.
3.- Cosa juzgada.
4.- Falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la Constitución o la ley lo exigieren y
5.- Extinción de la responsabilidad penal.

Excepciones en el juicio oral

Si las excepciones de cosa juzgada y de extinción de responsabilidad penal no fueren deducidas para ser discutidas en la audiencia de preparación del juicio oral, ellas podrán ser planteadas en el juicio oral.

Desarrollo de la audiencia de preparación del juicio oral

La audiencia de preparación del juicio oral será dirigida por el juez de garantía, quien la presenciará en su integridad, se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos. Al inicio de la audiencia, el juez de garantía hará una exposición sintética de las presentaciones que hubieren realizado los intervinientes. Si el imputado no hubiere ejercido por escrito su defensa, el juez le otorgará la oportunidad de hacerlo verbalmen-

Actualidad Juridica 36.indd 267 01-09-17 11:59

te. La presencia del fiscal y del defensor del imputado durante la audiencia constituye un requisito de validez de la misma.

La falta de comparecencia del fiscal deberá ser subsanada de inmediato por el tribunal, quien además pondrá este hecho en conocimiento del fiscal regional. Si no compareciere el defensor, el tribunal declarará el abandono de la defensa, designará un defensor de oficio al imputado y dispondrá la suspensión de la audiencia por un plazo que no excediere de cinco días, a objeto de permitir que el defensor designado se interiorice del caso.

La ausencia o abandono injustificados de la audiencia por parte del defensor o del fiscal será sancionada con la suspensión del ejercicio profesional hasta por dos meses. Si el imputado hubiere planteado excepciones de previo y especial pronunciamiento, el juez abrirá debate sobre la cuestión. Asimismo, de estimarlo pertinente, el juez podrá permitir durante la audiencia la presentación de los antecedentes que estimare relevantes para la decisión de las excepciones planteadas. El juez resolverá de inmediato las excepciones de incompetencia, *litis* pendencia y falta de autorización para proceder criminalmente, si hubieren sido deducidas. La resolución que recayere respecto de dichas excepciones será apelable.

Tratándose de las restantes excepciones previstas en el artículo 264, el juez podrá acoger una o más de las que se hubieren deducido y decretar el sobreseimiento definitivo, siempre que el fundamento de la decisión se encontrare suficientemente justificado en los antecedentes de la investigación. En caso contrario, dejará la resolución de la cuestión planteada para la audiencia del juicio oral. Esta última decisión será inapelable.

Durante la audiencia de preparación del juicio oral cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276.

Conciliación sobre la responsabilidad civil en la audiencia de preparación del juicio oral

El juez debe llamar al querellante y al imputado a conciliación sobre las acciones civiles que hubiere deducido el primero y proponerles bases de arreglo.

Si no se produjere conciliación, el juez resolverá en la misma audiencia las solicitudes de medidas cautelares reales que la víctima hubiere formulado al deducir su demanda civil.

Convenciones probatorias

Durante la audiencia, el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que de por acreditados ciertos

Actualidad Juridica 36.indd 268 01-09-17 11:59

hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez de garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia.

Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieren por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral.

Exclusiones probatorias

El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.

Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseare acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral.

Prueba anticipada

Durante la audiencia de preparación del juicio oral también se podrá solicitar la prueba testimonial anticipada.

Auto de apertura del juicio oral

Al término de la audiencia, el juez de garantía dictará el auto de apertura del juicio oral. Esta resolución deberá indicar:

1.- El tribunal competente para conocer el juicio oral.
2.- La o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas.
3.- La demanda civil.
4.- Los hechos que se dieren por acreditados, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 275.
5.- Las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral, de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior y

Actualidad Juridica 36.indd 269 01-09-17 11:59

6.- La individualización de quienes debieren ser citados a la audiencia del juicio oral, con mención de los testigos a los que debiere pagarse anticipadamente sus gastos de traslado y habitación y los montos respectivos.

El auto de apertura del juicio oral solo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el Ministerio Público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo con lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos.

VI. Audiencia de juicio oral

El juez de garantía hará llegar el auto de apertura del juicio oral al tribunal competente, junto con los registros que debieren acompañarse, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación. También pondrá a disposición del tribunal de juicio oral en lo penal las personas sometidas a prisión preventiva o a otras medidas cautelares personales. Una vez distribuida la causa, cuando procediere, el juez presidente de la sala respectiva procederá de inmediato a decretar la fecha para la celebración de la audiencia del mismo, la que deberá tener lugar no antes de quince ni después de sesenta días desde la notificación del auto de apertura del juicio oral.

En su resolución, el juez presidente indicará, también, el nombre de los jueces que integrarán la sala. Ordenará, por último, que se cite a la audiencia de todos quienes debieren concurrir a ella. El acusado deberá ser citado con, a lo menos, siete días de anticipación a la realización de la audiencia.

El tribunal puede suspender la audiencia hasta por dos veces solamente por razones de absoluta necesidad y por el tiempo mínimo necesario de acuerdo con el motivo de la suspensión. Al reanudarla, efectuará un breve resumen de los actos realizados hasta ese momento.

El juicio seguirá adelante cuando la declaración de rebeldía se produjere respecto del imputado a quien se le hubiere otorgado la posibilidad de prestar declaración en el juicio oral, siempre que el tribunal estimare que su ulterior presencia no resulta indispensable para la prosecución del juicio o cuando solo faltare la dictación de la sentencia.

La suspensión de la audiencia o la interrupción del juicio oral por un periodo que excediere de diez días impedirán su continuación. En tal caso, el tribunal deberá decretar la nulidad de lo obrado en él y ordenar su reinicio. Cuando fuere necesario suspender la audiencia, el tribunal comunicará verbalmente la fecha y hora de su continuación, lo que se tendrá como suficiente citación.

La presencia del defensor del acusado durante toda la audiencia del juicio oral será un requisito de validez del mismo. La no comparecencia del defensor

Actualidad Juridica 36.indd 270 01-09-17 11:59

a la audiencia constituirá abandono de la defensa y obligará al tribunal a la designación de un defensor penal público.

No se podrá suspender la audiencia por la falta de comparecencia del defensor elegido por el acusado. En tal caso, se designará de inmediato un defensor penal público al que se concederá un periodo prudente para interiorizarse del caso.

Ausencia del querellante o de su apoderado en el juicio oral. La no comparecencia del querellante o de su apoderado a la audiencia, o el abandono de la misma sin autorización del tribunal, dará lugar a la declaración de abandono establecida en la letra c) del artículo 120.

Incidentes en la audiencia del juicio oral

Los incidentes promovidos en el transcurso de la audiencia del juicio oral se resolverán inmediatamente por el tribunal. Las decisiones que recayeren sobre estos incidentes no serán susceptibles de recurso alguno.

Libertad de prueba

Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.

Oportunidad para la recepción de la prueba

La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral.

Valoración de la prueba

Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados.

Actualidad Juridica 36.indd 271 01-09-17 11:59

Prueba de las acciones civiles

La prueba de las acciones civiles en el procedimiento criminal se sujetará a las normas civiles en cuanto a la determinación de la parte que debiere probar y a las disposiciones del *CPP* en cuanto a su procedencia, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria.

Desarrollo del juicio oral

El día y hora fijados, el tribunal se constituirá con la asistencia del fiscal, del acusado, de su defensor y de los demás intervinientes. Asimismo, verificará la disponibilidad de los testigos, peritos, intérpretes y demás personas que hubieren sido citadas a la audiencia y declarará iniciado el juicio.

El presidente de la sala señalará las acusaciones que deberán ser objeto del juicio contenidas en el auto de apertura del juicio oral, advertirá al acusado que deberá estar atento a lo que oirá y dispondrá que los peritos y los testigos hagan abandono de la sala de la audiencia. Seguidamente concederá la palabra al fiscal, para que exponga su acusación y al querellante para que sostenga la acusación, así como la demanda civil si la hubiere interpuesto.

Defensa y declaración del acusado

Realizadas las exposiciones, se le indicará al acusado que tiene la posibilidad de ejercer su defensa. Al efecto, se ofrecerá la palabra al abogado defensor, quien podrá exponer los argumentos en que fundare su defensa. Asimismo, el acusado podrá prestar declaración. En tal caso, el juez presidente de la sala le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas.

Luego, podrá ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese mismo orden. Finalmente, el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos. En cualquier estado del juicio, el acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos.

Orden de recepción de las pruebas
en la audiencia del juicio oral

Cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba, correspondiendo recibir primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones de la acusación y de la demanda civil y luego la prueba ofrecida por el acusado respecto de todas las acciones que hubieren sido deducidas en su contra.

No se puede invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere relación con la proposición, dis-

Actualidad Juridica 36.indd 272 01-09-17 11:59

cusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado. A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento.

Concluida la recepción de las pruebas, el juez presidente de la sala otorgará sucesivamente la palabra al fiscal, al acusador particular y al defensor, para que expongan sus conclusiones. El tribunal tomará en consideración la extensión del juicio para determinar el tiempo que concederá al efecto. Seguidamente, se otorga al fiscal y al defensor la posibilidad de replicar. Las respectivas réplicas solo podrán referirse a las conclusiones planteadas por las demás partes. Por último, se otorgará al acusado la palabra, para que manifestare lo que estimare conveniente. A continuación, se declarará cerrado el debate.

Sentencia definitiva

Inmediatamente después de clausurado el debate, los miembros del tribunal que hubieren asistido a él pasarán a deliberar en privado. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrirla, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella.

Contenido de la sentencia

La sentencia definitiva debe contener:

1) La mención del tribunal y la fecha de su dictación; la identificación del acusado y la de el o los acusadores.

Actualidad Juridica 36.indd 273 01-09-17 11:59

2) La enunciación breve de los hechos y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación; en su caso, los daños cuya reparación reclamare en la demanda civil y su pretensión reparatoria, y las defensas del acusado.
3) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones[18].
4) Las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo.
5) La resolución que condenare o absolviere a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; la que se pronunciare sobre la responsabilidad civil de los mismos y fijare el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar.
6) El pronunciamiento sobre las costas de la causa y
7) La firma de los jueces que la hubieren dictado.

La sentencia será siempre redactada por uno de los miembros del tribunal colegiado, designado por este, en tanto la disidencia o prevención será redactada por su autor. La sentencia señalará el nombre de su redactor y el del que lo sea de la disidencia o prevención.

Decisión sobre absolución o condena

Una vez concluida la deliberación privada de los jueces, la sentencia definitiva que recayere en el juicio oral deberá ser pronunciada en la audiencia respectiva, comunicándose la decisión relativa a la absolución o condena del acusado por cada uno de los delitos que se le imputaren, indicando respecto de cada uno de ellos los fundamentos principales tomados en consideración para llegar a dichas conclusiones.

Excepcionalmente, cuando la audiencia del juicio se hubiere prolongado por más de dos días y la complejidad del caso no permitiere pronunciar la decisión inmediatamente, el tribunal podrá prolongar su deliberación hasta por veinticuatro horas, hecho que será dado a conocer a los intervinientes en la misma audiencia, fijándose de inmediato la oportunidad en que la decisión les será comunicada.

La omisión del pronunciamiento de la decisión de conformidad a lo previsto en los incisos precedentes producirá la nulidad del juicio, el que deberá repetirse en el más breve plazo posible.

En el caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma oportunidad pre-

[18] De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del *Código Procesal Penal*.

Actualidad Juridica 36.indd 274 01-09-17 11:59

vista en el inciso primero. No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, el tribunal podrá postergar su resolución para el momento de la determinación de la pena en la sentencia, debiendo indicarlo así a las partes.

Plazo para redacción de la sentencia

Al pronunciarse sobre la absolución o condena el tribunal podrá diferir la redacción del fallo y, en su caso, la determinación de la pena hasta por un plazo de cinco días, fijando la fecha de la audiencia en que tendrá lugar su lectura.

El transcurso de este plazo sin que hubiere tenido lugar la audiencia de lectura del fallo constituirá falta grave, que deberá ser sancionada disciplinariamente. Sin perjuicio de ello, se deberá citar a una nueva audiencia de lectura de la sentencia, la que en caso alguno podrá tener lugar después del séptimo día desde la comunicación de la decisión sobre absolución o condena.

Vencido este plazo adicional sin que se diere lectura a la sentencia se producirá la nulidad del juicio, a menos que la decisión hubiere sido de absolución del acusado. Si, siendo varios los acusados, se hubiere absuelto a alguno de ellos, la repetición del juicio solo comprenderá a quienes hubieren sido condenados.

El vencimiento del plazo adicional arriba mencionado, sin que se diere a conocer el fallo, sea que se produjere o no la nulidad del juicio, constituirá respecto de los jueces que integraren el tribunal una nueva infracción que deberá ser sancionada disciplinariamente.

Determinación de la pena

Pronunciada la decisión de condena, el tribunal podrá, si lo considerare necesario, citar a una audiencia con el fin de abrir debate sobre los factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena que el tribunal señalará. En todo caso, la realización de esta audiencia no alterará los plazos previstos en el artículo anterior. El artículo 110 del *Código Tributario* establece que puede constituir la causal de exención de responsabilidad penal contemplada en el N° 12 del artículo 10° del *Código Penal*[19] o, en su defecto, la causal atenuante a que se refiere el número 1° del artículo 11[20] de ese cuerpo de leyes, la circunstancia de que el infractor de escasos recursos pecuniarios, por su insuficiente ilustración o por alguna otra causa justificada, haga presumir que ha tenido un conocimiento imperfecto del alcance de las normas

[19] Número 12 del artículo 10 del *Código Penal*: "El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable".

[20] Art. 11. "Son circunstancias atenuantes: 1° Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos".

Actualidad Juridica 36.indd 275 01-09-17 11:59

infringidas. Le compete al tribunal apreciar en conciencia los hechos constitutivos de la causal eximente o atenuante.

En los procesos criminales generados por infracción a las normas tributarias, la circunstancia de que el hecho punible no haya acarreado perjuicio al interés fiscal, como también el haberse pagado el impuesto debido, sus intereses y sanciones pecuniarias, serán causales atenuantes de responsabilidad penal.

Constituyen circunstancia agravante de responsabilidad penal que el delincuente haya utilizado, para la comisión del hecho punible, asesoría tributaria, documentación falsa, fraudulenta o adulterada o se haya concertado con otros para realizarlo. Igualmente, constituye circunstancia agravante de responsabilidad penal que el delincuente teniendo la calidad de productor, no haya emitido facturas, facilitando de este modo la evasión tributaria de otros contribuyentes.

En los casos de reiteración de infracciones a las leyes tributarias sancionadas con pena corporal, se aplicará la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola, en su caso[21], Se entiende que existe reiteración cuando se incurra en cualquiera de ellas en más de un ejercicio comercial anual[22].

Audiencia de lectura de sentencia

Una vez redactada la sentencia, se procederá a darla a conocer en la audiencia fijada al efecto, oportunidad a contar de la cual se entenderá notificada a todas las partes, aun cuando no asistieren a la misma.

Sentencia absolutoria y medidas cautelares personales

Comunicada a las partes la decisión absolutoria, el tribunal dispondrá, en forma inmediata, el alzamiento de las medidas cautelares personales que se hubieren decretado en contra del acusado y ordenará se tome nota de este alzamiento en todo índice o registro público y policial en el que figuraren. También se ordenará la cancelación de las garantías de comparecencia que se hubieren otorgado.

[21] Conforme a lo dispuesto en el artículo 351 del *Código Procesal Penal*.

[22] Esta norma no aplica en el caso de la infracción contenida en el N° 10 del artículo 97 del *Código Tributario*, que establece que: se entiende que hay reiteración cuando se cometan dos o más infracciones entre las cuales no medie un período superior a tres años.

Actualidad Juridica 36.indd 276 01-09-17 11:59

Sentencia condenatoria

La sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley.

La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará esta a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimiento.

La sentencia condenatoria dispondrá también el comiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente. Cuando se hubiere declarado falso, en todo o en parte, un instrumento público, el tribunal, junto con su devolución, ordenará que se lo reconstituya, cancele o modifique de acuerdo con la sentencia.

Pronunciamiento sobre la demanda civil

Tanto en el caso de absolución como en el de condena, el tribunal debe pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta.

Bibliografía

Aste Mejías, Christian (2016): *Curso sobre Derecho y Código Tributario* (Séptima Edición, Santiago, Thomson Reuters).

Actualidad Juridica 36.indd 277 01-09-17 11:59

TENSIONES EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE INTEGRACIÓN PARCIAL A LAS RENTAS DE LOS CONTRIBUYENTES NO RESIDENTES EN CHILE CON CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN VIGENTE, CON OCASIÓN DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LAS LEYES Nº 20.780 Y Nº 20.899 ¿UNA DISCRIMINACIÓN HACIA LOS RESIDENTES?

TENSIONS IN THE APPLICATION OF THE TAX REGIME OF PARTIAL INTEGRATION TO THE INCOME OF THE NON-RESIDENT TAXPAYERS IN CHILE WITH A CONVENTION TO PREVENT THE DOUBLE TAXATION CURRENT, ON THE OCCASION OF THE ENTRY INTO FORCE OF LAWS Nº 20,780 AND Nº 20,899. A DISCRIMINATION TOWARD RESIDENTS?

Francisca Souper Aburto[*]

Resumen: El presente trabajo revisa el régimen de tributación de integración parcial que instaura el nuevo artículo 14 B) del DL Nº 824 y compara su aplicación en el tratamiento de las rentas percibidas y devengadas por los residentes y por los no residentes. Se constata que el nuevo régimen llamado de integración parcial establece un complejo procedimiento de imputación para los contribuyentes de primera categoría que determinan rentas efectivas con balance general y contabilidad completa de acuerdo al cual, bajo determinados supuestos, la carga real para la empresa generadora de renta es una tasa del

[*] Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas Universidad del Desarrollo Concepción, Magister © Derecho Tributario, Universidad de Concepción, postítulo en Derecho Regulatorio y Ambiental, Universidad de Concepción. Correo electrónico: fransouper@gmail.com

Actualidad Juridica 36.indd 279 01-09-17 11:59

27%, pero la carga del propietario puede alcanzar una tasa del 44,45%, desde que, la llamada integración parcial permite reconocer como crédito contra el impuesto personal solo el 65% del impuesto de categoría pagado, pero su aplicación supone una sobretasa sobre el impuesto personal que grava el retiro de las utilidades desde la empresa. Sin perjuicio de lo anterior, para los contribuyentes no residentes, gravados por las rentas que les sean remesadas desde empresas que generen rentas chilenas, en la medida que estén acogidos a un convenio de doble tributación, y en razón de dicho convenio, tienen derecho a hacer valer un crédito contra el impuesto adicional por el equivalente al 100% del impuesto de categoría pagado. Estimamos que, si bien este tratamiento tributario es conteste con un convenio internacional, conllevaría una discriminación o trato desigual respecto de los contribuyentes residentes en Chile, por lo que se analizara una eventual vulneración al principio material del derecho tributario conocido como "igualdad tributaria".

Palabras clave: Régimen de integración parcial – Convenio internacional – Principio de igualdad tributaria – Control de proporcionalidad.

Abstract: The present article it's a review of the tax regime of partial integration instaured by the recent article 14 B) DL 824, and compares its use in the treatment of perceived and earned revenues, by residents and non residents. There is stated that the new regime, called of partial integration, establishes a complex procedure of imputation for the contributors of the first category tax that determine effective revenues with general balance sheet and complete accounting in agreement to which, under certain suppositions, the real load for the generating company of revenue is a rate of 27 %, but the load of the owner can reach a rate of 44.45 %, since the called partial integration regime allows to recognize as credit against the personal tax only 65 % of the tax of category paid, but its application implies a surcharge on the personal tax that burdens the retirement of the usefulness or earnings from the Company. However, for non-resident taxpayers, burdened by the revenues that are sent from companies that generate Chilean revenues, and with a convention to prevent the double taxation current, own a credit against the additional tax equivalent to a 100 % of the tax of category paid. We believe that although this tributary treatment is in the right line with an international agreement, it would lead to discrimination or unequal treatment towards the contributor's resident in Chile, which is the reason why it would be analyzed as an eventual violation of the material principle of tax law known as tributary equality.

Key words: Regime of Partial Integration – International Agreement – Principal of Tributary Equality or Principal of Equal Taxation – Control of Proportionality.

Actualidad Juridica 36.indd 280 01-09-17 11:59

* * *

Las leyes Nº 20.780 y Nº 20.899, como es sabido, introdujeron modificaciones importantes al sistema tributario de nuestro país, las que rigen a partir del 1 de enero de 2017. La más destacada es la modificación del régimen tributario a las rentas, instaurando distintos regímenes de tributación para contribuyentes que declaren renta efectiva sobre balance general según contabilidad completa, a saber: régimen de integración total o rentas atribuidas y régimen de integración parcial. Con ocasión de estos cambios sustanciales ha variado la tributación de los residentes, por lo que a lo largo de este estudio, se analizará en detalle el régimen de integración parcial y sus particularidades, la tributación de los propietarios persona natural de empresas chilenas, residentes, tributación de los propietarios persona natural de empresas chilenas, no residentes y la tributación del establecimiento permanente. En todos estos casos, al ejercer la opción de tributar en el sistema parcialmente integrado se da el supuesto que será objeto de este estudio, el que plantea que este régimen podría dar lugar a una eventual discriminación entre residentes y no residentes de un país con tratado para evitar doble tributación internacional, ya que ambos, habiendo elegido el mismo sistema de tributación, o los que tributan en este por defecto, tendrán una tributación final distinta. Por lo que se revisará en detalle el convenio internacional para evitar la doble tributación y el principio de igualdad tributaria, la relación que se da entre estas dos instituciones y la proporcionalidad de la nueva normativa jurídica.

I. Regímenes tributarios: particularidades del régimen de integración parcial de créditos

La reforma tributaria[1], significó que los propietarios de empresas que declaran sus rentas efectivas determinadas sobre balance general según contabilidad completa, pueden acogerse principalmente a dos regímenes de tributación; estos son:

A. Régimen de renta atribuida: Contemplado en el artículo 14 letra A) de la Ley de Impuesto a la Renta, conforme al cual los dueños de las empresas deberán tributar en el mismo ejercicio por la totalidad de las rentas que genere la empresa (utilidades tributarias determinadas por la renta líquida imponible), y no solo sobre las utilidades que retiren.

   En este sistema, los contribuyentes tendrán derecho a utilizar el 100% del monto pagado a nivel del impuesto de primera categoría

[1] Ley Nº 20.780, sobre Reforma Tributaria que modifica el sistema de tributación e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, publicada con fecha 29 de septiembre de 2014.

Actualidad Juridica 36.indd 281 01-09-17 11:59

como crédito contra los impuestos finales. La tasa de dicho impuesto para esta opción, es de un 25% para el año comercial 2017.

B. Régimen de integración parcial: Consagrado en el artículo 14 letra B) de la Ley de Impuesto a la Renta, en virtud del cual las empresas obligadas a determinar renta efectiva sobre la base de contabilidad completa, pagan impuestos de primera categoría con tasa de 27% y sus dueños tributan con los impuestos finales por las rentas percibidas a título de retiros, remesas o distribuciones, con un crédito del 65% del impuesto de primera categoría pagado por la respectiva empresa.

En el régimen de integración parcial de créditos brevemente descrito en el acápite B), que será parte de nuestro estudio, los contribuyentes finales quedarán gravados con los impuesto global complementario o impuesto adicional en su caso, sobre la base de los rubros, remesas o distribuciones que efectivamente realicen de las empresas o sociedades en las que participen, y no sobre las rentas que se les atribuyan, es decir, si no se realizan retiros de utilidades de la empresa, no se genera tributación para los contribuyentes finales. Los contribuyentes no tributan por los aportes de capital ni por los ingresos no constitutivos de renta y las rentas exentas cuando hay cambio de tramo y tasa impositiva.

Así, los contribuyentes que hayan imputado el monto del impuesto de primera categoría contra los impuestos finales, deberán restituir, a título de débito fiscal, una cantidad equivalente al 35% del monto del referido crédito. Lo que se traduce finalmente, en que solo se constituirá crédito el 65% del impuesto de primera categoría, pagado por el contribuyente.

Los contribuyentes que pueden optar por tributar en este régimen son los siguientes: cualquier empresa obligada a determinar renta efectiva mediante contabilidad completa, independientemente de su forma jurídica, pudiendo ser empresas individuales, empresas individuales de responsabilidad limitada, comunidades, sociedades de personas, sociedades por acciones, sociedades anónimas y sociedades en comandita por acciones y otras entidades. Sin embargo, hay ciertos contribuyentes que se encuentran obligados a tributar en este régimen, estos son: sociedades anónimas, sociedades en comanditas por acciones y sociedades cuyos socios sean personas jurídicas constituidas en Chile.

La principal característica de este régimen consiste en la suspensión del pago de los impuestos finales para los dueños de la empresa, porque no están obligados a pagar el impuesto global complementario o impuesto adicional, sino en el ejercicio que efectúan los retiros, remesas o distribuciones; sin embargo, estos solo tienen derecho a un crédito por impuesto de primera categoría equivalente al 65% del impuesto empresarial pagado.

Habiendo mencionado algunas características de este sistema e indicando a quienes resulta aplicable, es importante destacar que la obligación de restitución del 35% no es aplicable a contribuyentes del impuesto adicional

Actualidad Juridica 36.indd 282 01-09-17 11:59

residentes de países con los cuales Chile ha suscrito un convenio de doble tributación internacional vigente. Estos tributarán por rentas efectivamente distribuidas o retiradas de las empresas chilenas, y podrán utilizar el 100% del crédito otorgado por el pago del impuesto de primera categoría, por lo que su carga efectiva se mantendrá en 35%.

En este punto, debemos agregar que conforme al artículo 4º transitorio de la ley Nº 20.899, a partir del 1 de enero de 2017 y hasta el 31 de diciembre de 2019:

> "...tampoco se aplicará la obligación de restitución a los contribuyentes del Impuesto Adicional residentes en países con los cuales Chile haya suscrito con anterioridad al 1º de enero de 2017 un Convenio para evitar la doble tributación internacional, aunque aún no se encuentre vigente, en el que se haya acordado la aplicación del Impuesto Adicional, siempre que el Impuesto de Primera Categoría sea deducible de dicho tributo o se contemple otra cláusula que produzca el mismo efecto".

En estos casos, el crédito por impuesto de primera categoría que corresponda sobre retiros, remesas o dividendos percibidos, de acuerdo con los párrafos 1º y 2º del artículo 63, ambos de la Ley de Impuesto a la Renta, no está sujeto a la obligación de restituir una parte de este[2].

II. Tributación de propietario persona natural de empresa chilena, residente en Chile; propietario persona natural de empresa chilena, no residente en Chile y del establecimiento permanente

Luego de analizar las particularidades del régimen, precisamos que conforme nuestro sistema de tributación integrado, en definitiva, esta se encuentra radicada en los propietarios, comuneros, socios o accionistas de las empresas, constituyendo el impuesto de primera categoría que pagan estas últimas, un crédito parcial, en este caso, en contra de los impuestos global complementario o adicional, según corresponda. Asimismo, en nuestra legislación una vez verificado el hecho de relevancia tributaria, los factores de conexión utilizados son: la residencia como concepto amplio y fuente de la renta como concepto limitado.

Atendido lo expuesto, resulta conveniente analizar la tributación de personas naturales y establecimientos permanentes, precisamente en este régi-

[2] Circular Nº 49 Servicio de Impuestos Internos, de fecha 14 de julio de 2016, instruye sobre las modificaciones efectuadas por las leyes Nºs 20.780 y 20.899 a la Ley sobre Impuesto a la Renta y demás normas legales, relacionadas con los nuevos regímenes generales de tributación sobre renta efectiva sobre la base de contabilidad completa, vigentes a contar del 1 de enero de 2017.

Actualidad Juridica 36.indd 283 01-09-17 11:59

men, ya que en su aplicación existe un tratamiento diferenciado atendiendo si existe convenio para evitar la doble tributación internacional o no, a continuación se revisara:

i) Tributación de propietario persona natural de una empresa chilena, residente en Chile,
ii) Tributación de propietario persona natural de una empresa chilena, no residente en Chile y
iii) Tributación del establecimiento permanente, según se expone:

i) Tributación de propietario persona natural, de empresa chilena, residente en Chile

El propietario persona natural, de una empresa chilena residente en Chile, se encuentra gravado con Impuesto Global Complementario, entonces, el Impuesto de Primera Categoría que pagan sus empresas, constituye un crédito parcial en contra de este impuesto personal, que paga finalmente el propietario de la empresa. En este caso, se aplica el principio de renta mundial, consagrada en el artículo 3° de la Ley de Renta[3], este aparece de manera amplia y comprende todos los ingresos, utilidades e incrementos de patrimonio que favorezcan a una persona o agrupación de ellas, incluyéndose aquellas rentas que tengan su fuente en el país o en el extranjero.

Respecto de las rentas de fuente extranjera percibidas o devengadas por contribuyentes domiciliados o residentes en el país que se vean afectadas por impuestos a la renta tanto en Chile como en el extranjero, el sistema chileno contempla mecanismos para aminorar o eliminar los efectos de esa doble o múltiple tributación internacional, *tax credit*.

En términos generales, el sistema establecido por la Ley de impuesto a la renta para determinar los créditos por impuestos soportados en el extranjero que podrán ser deducidos de los impuestos a la renta en Chile, distingue entre:

a) Aquellos casos en que no resulta aplicable un convenio internacional para evitar la doble tributación internacional, situación que se encuentra regulada en el artículo 41 A de la Ley de Renta, llamado "sistema unilateral"[4]. Según el cual solo tres grupos de rentas recibirían estos beneficios:

[3] Artículo 3° DL 824 "Salvo disposición en contrario de la presente ley, toda persona domiciliada o residente en Chile, pagará impuestos sobre sus rentas de cualquier origen, sea que la fuente de entradas esté situada dentro del país o fuera de él, y las personas no residentes en Chile estarán sujetas a impuesto sobre sus rentas cuya

[4] La ley N° 19.247, publicada en el *Diario Oficial* de 15 de septiembre de 1993, mediante su artículo 1°, letra f), incorporó a la Ley de Renta, en su título II, el párrafo 6, denominado "De las normas relativas a la doble tributación internacional", que introdujo el articulo 41 A de la Ley de Renta.

Actualidad Juridica 36.indd 284 01-09-17 11:59

Artículo 41 A, letra A: Dividendos y retiros de utilidades. Crédito imputable contra el impuesto de primera categoría y global complementario o impuesto adicional. El monto del crédito disponible por impuesto pagado en el extranjero, con tope máximo del 32%[5] de la Renta Neta.

Artículo 41 A, letra B: Rentas de agencias y otros establecimientos permanentes en el exterior. Crédito imputable solo contra impuesto de primera categoría. Monto del crédito disponible por impuesto pagado en el extranjero, con tope máximo del 32% de la renta neta.

Artículo 41 A, letra C: Rentas por el uso de marcas, patentes, fórmulas, asesorías técnicas y otras prestaciones similares[6]. Crédito imputable contra el impuesto de primera categoría. El monto del crédito disponible por impuesto pagado en el extranjero, con tope máximo del 32%de la renta neta.

Articulo 41 A, Letra D[7]: Los contribuyentes que, sin perder el domicilio o la residencia en Chile, perciban rentas gravadas en el extranjero clasificadas en los números 1° y 2° del artículo 42, podrán imputar como crédito contra el impuesto único o el impuesto global complementario, los impuestos a la renta pagados o retenidos por tales rentas, aplicando al efecto lo dispuesto en el número 3 del artículo 41 C. Este crédito no podrá exceder el 32%.

El articulo 41 A letra E[8], establece normas para la utilización de los créditos del artículo 41 A letras A, B y C de la Ley de Renta.

b) Aquellos que resulte aplicable un convenio para evitar la doble tributación internacional que se encuentre vigente, y en que se haya acordado conceder créditos para disminuir o eliminar la doble tributación internacional, lo que se encuentra regulado en el artículo 41C de la Ley de Renta[9], llamado "sistema bilateral".

---

[5] Anteriormente el limite era 30%, esto cambió según la letra b) del N°4 del art. N°5 de la ley N°20.727 (rige a contar de 1.01.2014).

[6] Ley N° 20.956, art. 1° N°2 letra a) i), publicada el 26.10.2016. Rige el 1.01.2016 (sustituye la expresión "y otras prestaciones similares" por la frase "otras prestaciones similares y servicios calificados como exportación". Adicionalmente art. 1° N° 2 letra a) ii) agrega párrafo final: "A las mismas reglas de esta letra podrás sujetarse los contribuyentes que presten servicios calificados como exportación, de conformidad a lo establecido en el número 16 de la Letra E del Articulo 12 del Decreto ley 825, de 1974".

[7] Ley N° 20.956, que "Establece medidas para impulsar la productividad", art. 1° N°2 letra b), publicada el 26.10.2016. Rige el 1.01.2016 (Agrega nueva letra "D" en art. 41 A de la LIR).

[8] Ley N° 20.956, que "Establece medidas para impulsar la productividad" art. 1° N°2 letra b), publicada el 26.10.2016. Rige 1.01.2016 (intercala "41 A letra D" por "41 A letra E").

[9] Artículo fue introducido por la ley Nº 19.506, publicada en el *Diario Oficial* de 30 de junio de 1997.

Actualidad Juridica 36.indd 285 01-09-17 11:59

En este caso, todas las rentas que conforme al convenio vigente respectivo permitan invocar el crédito, formarán parte del crédito total disponible, el cual es imputable contra impuesto de primera categoría e impuesto global complementario o impuesto adicional, según corresponda, no encontrándose limitada a los tres grupos anteriores[10].

Por su parte, el artículo 41 C regula separadamente los impuestos pagados en el exterior que hayan gravado las rentas personales, obtenidas como trabajador dependiente como las obtenidas como trabajador independiente, es decir, rentas, del articulo 42 N°1 y 2 de Ley de Impuesto a la Renta. Los impuestos que dan derecho al crédito es aquel pagado o retenido en el extranjero por las rentas remesadas a Chile con un límite de 35%[11] sobre la renta neta de fuente extranjera del ejercicio, con excepción de las rentas del art. 42 N° 1 (sueldos).

En cuanto al monto de la renta neta extranjera, es relevante en el cálculo del crédito por impuesto pagado en el extranjero, ya que la Ley de Renta establece que el máximo de crédito imputable a los impuestos que deben aplicarse en Chile, no podrá exceder del 32% de la renta neta extranjera de países sin convenio y del 35% de la renta neta extranjera de países con convenio vigente.

Finalmente, los contribuyentes que hayan imputado el monto del impuesto de primera categoría contra el impuesto global complementario, deberán restituir una cantidad equivalente al 35% del monto del referido crédito. Lo que se traduce finalmente en que solo se dará de crédito el 65% del impuesto global complementario, pagado por el contribuyente. Tasa efectiva 44,45%.

ii) Tributación de persona natural, de empresa chilena, no residente en Chile

A los contribuyentes propietarios de empresas chilenas, no residentes en el país, es decir, a quienes durante el año no hayan tenido domicilio ni residencia en Chile[12], se les aplica el impuesto adicional, que afecta solo a las rentas de

[10] Circular N° 48 Servicio de Impuestos Internos, de fecha 12 de julio de 2016, instruye sobre las modificaciones efectuadas por las leyes N° 20.780 de 2014 y N°20.899 de 2016 a los artículos 41 A, 41 B y 41 C, de la Ley de Renta, que rigen a contar del 1 de enero de 2017. Y, créditos por impuesto pagado en el extranjero sobre rentas pasivas, conforme al artículo 41 G de la Ley de Renta, vigente a contar del 1 de enero de 2016.

[11] Anteriormente el limite era de 32%, esto cambió según letra C) del N° 5 del articulo N° 5, ley N°20.727 (rige a contar de 1.01.2014).

[12] Artículo 8 del *Código Tributario*, para estos efectos, como extranjero no residente ni domiciliado en Chile a:

1. Toda persona que permanezca menos de 6 meses en Chile durante un año calendario, o no permanezca más de 6 meses en total en el país durante dos años tributarios consecutivos (no residente).

Actualidad Juridica 36.indd 286 01-09-17 11:59

fuente chilena[13] regulado en el artículo 58 de la Ley de Impuesto a la Renta. Este tiene actualmente una tasa de 35% y opera sobre la base de renta atribuida, retiro, distribuciones o remesas de rentas al exterior, que sean de fuente chilena[14, 15].

Este impuesto se devenga en el año en que las rentas se atribuyen, retiren o distribuyen por la empresa. Los contribuyentes afectos a este impuesto, tienen derecho a un crédito parcial equivalente al impuesto de primera categoría pagado por las empresas sobre las rentas retiradas o distribuidas. En este caso, también se permite reconocer como crédito contra el impuesto personal, impuesto adicional, el impuesto de primera categoría pagado por la empresa distinguiendo entre dos tipos de contribuyentes, a saber:

a) Contribuyentes no residentes de países de los cuales Chile no tiene convenio para evitar la doble tributación internacional: quienes tributan por rentas efectivamente distribuidas o retiradas de las empresas chilenas, con un crédito de 65% del impuesto de primera categoría pagado por la respectiva empresa (esto por regla general), con una tasa efectiva 44,45%.
b) Contribuyentes no residentes de países con los cuales Chile tiene convenios para evitar la doble tributación internacional y se encuentran vigentes: estos tributan por rentas efectivamente distribuidas o retiradas de las empresas chilenas, y podrán utilizar el 100% del crédito otorgado por el pago del impuesto de primera categoría, por lo que su carga efectiva se mantendrá en 35%. Asimismo, cabe recordar según dispone el artículo 4º transitorio de la ley Nº 20.899 a partir del 1 de enero de 2017 y hasta el 31 de diciembre de 2019, tampoco se aplicará la obligación de restitución a los contribuyentes del impuesto adicional residentes de países con los cuales Chile haya suscrito con anterioridad al 1 de enero de 2017 un convenio para evitar la doble tributación internacional, aunque aún no se encuentre vigente, en el que se haya acordado la aplicación del impuesto adicional, siempre que el impuesto

2. Toda persona que no tenga la calidad de domiciliado, es decir, que su ánimo de permanencia no sea establecer su asiento principal de negocios o familiar en Chile. Sin perjuicio que, después de los 6 meses, igual será considerado residente de acuerdo al criterio cronológico de éstos (no domiciliado)".

[13] Artículo 10 de la Ley de Renta que dispone por regla general: "Se considerarán rentas de fuente chilena, las que provengan de bienes situados en el país o de actividades desarrolladas e él cualquiera sea el domicilio o residencia del contribuyente". Sin perjuicio de este alcance, esta regla general ha sido objeto de extensiones o excepciones en ciertas situaciones, contenidas en el mismo artículo o, bien, el artículo 11 de la Ley de Renta u otros textos legales.

[14] Articulo 58 y artículo 60 inciso 1°, de la Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1° del decreto ley N°824 de 1974.

[15] Artículo 3 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1° del decreto ley N° 824 de 1974

Actualidad Juridica 36.indd 287 01-09-17 11:59

de primera categoría sea deducible de dicho tributo contemple una cláusula que produzca el mismo efecto.

iii) Tributación del establecimiento permanente

Respecto a la tributación del establecimiento permanente, institución directamente relacionada con el tema en estudio, esto es, la doble tributación internacional. Una entidad no residente en un Estado, opera mediante establecimiento permanente cuando dispone en dicho estado, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, en los cuales realice todo o parte de sus actividades o actúe en él por medio de un agente autorizado para contratar en nombre y por cuenta del contribuyente.

La ley sobre impuesto a la renta no define "Establecimiento Permanente". Concepto que se encuentra definido en el modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, en adelante OCDE, que en el número 1° de su artículo 5°, define al establecimiento permanente como "un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad"[16] A su vez, el artículo 58 número 1 de la Ley de la Renta, solo se encarga de enumerar las entidades que se encuentran bajo la denominación de establecimientos permanentes: sucursales, oficinas, agentes o representantes. El Servicio de Impuestos Internos, define, en el oficio N° 303 de 2001, establecimiento permanente como:

> "la extensión de la actividad de la citada empresa extranjera en Chile, mediante el establecimiento de una oficina en donde se desarrolle una actividad formal que asume la representación total de la empresa, pudiendo cerrar negocios en los términos que se indiquen".

Además, los convenios suscritos entre Chile y diversos países, adoptan conceptos de establecimiento permanente en sus textos.

Respecto a la tributación propiamente tal de los establecimientos permanentes, se considera renta imputable, los rendimientos de actividades económicas desarrolladas por el mismo, y aquellos otros rendimientos que deriven de elementos patrimoniales vinculados funcionalmente al establecimiento. Por lo tanto, estas bases fijas en el territorio de otro Estado se gravan casi de la misma manera que las entidades residentes. Su tratamiento tributario es similar a los de una filial o sucursal de una sociedad matriz en otro Estado, sus rentas se gravan en el lugar en que estén situados, en forma independiente de la casa matriz, sobre renta devengada o percibida, pero solo en la medida en que dichos beneficios o rendimientos sean imputables a ese establecimiento permanente.

[16] Albornoz (2012).

Actualidad Juridica 36.indd 288 01-09-17 11:59

El artículo 3° de la Ley de Impuesto a la Renta, establece el ámbito de aplicación de los impuestos que ella contempla, señalando que toda persona domiciliada o residente en Chile debe pagar impuestos sobre sus rentas cualquier origen, sea que la fuente de entrada, esté situada dentro del país o fuera de él. Enseguida, el artículo 12 dispone, además, que cuando deban computarse rentas de fuente extranjera, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41G de la Ley de Impuesto a la Renta, se considerarán las rentas líquidas percibidas, excluyéndose aquellas de que no se pueda disponer en razón de caso fortuito o fuerza mayor o de disposiciones legales o reglamentarias del país de origen. La exclusión de tales rentas se mantendrá mientras subsistan las causales que hubieren impedido poder disponer de ellas y, entretanto, no empezará a correr plazo alguno de prescripción en contra del Fisco. En el caso de las agencias u otros establecimientos permanentes en el exterior, se considerarán en Chile tanto las rentas percibidas como las devengadas, incluyendo los impuestos a la renta adeudados o pagados en el extranjero.

A continuación, el artículo 58 de la Ley de Impuesto a la Renta, que establece el impuesto adicional a la renta con tasa de 35%, señala en su número 1:

> "Las personas naturales que no tengan residencia ni domicilio en Chile y las sociedades o personas jurídicas constituidas fuera del país, incluso las que se constituyan con arreglo a las leyes chilenas y fijen su domicilio en Chile, que tengan en Chile cualquiera clase de establecimientos permanentes, tales como sucursales, oficinas, agentes o representantes, pagarán este impuesto por el total de las rentas atribuibles a estos que deban atribuir, remesen al exterior o sean retiradas conforme a lo dispuesto en los artículos 14, 14 ter; 17, número 7, y 38 bis todos de la Ley de Impuesto a la Renta, con excepción de los intereses a que se refiere el Nº 1 el artículo 59 de la misma. Para estos efectos, el impuesto contemplado en este número se considerará formando parte de la base imponible representada por los retiros o remesas brutos"[17].

Estos contribuyentes tributan por la totalidad de las rentas de fuente chilena que les sean atribuidas.

Según el artículo 38 de la Ley de Impuesto a la Renta, en el caso de agencias, sucursales u otras formas de establecimientos permanentes que operen en Chile, la renta de fuente chilena se determina sobre la base de los resultados reales obtenidos de su gestión en el país y en el exterior que les sean atribuibles de acuerdo con las disposiciones de este artículo, sobre la base de contabilidad completa y balance general.

[17] Texto actual, con modificaciones introducidas por el artículo primero de ley N° 20.780, *D.O.* 29.09.2014, que entrarán en vigencia a contar del 1 de enero de 2017, modificada por el artículo 8° de la ley N° 20.899, que simplifica el sistema de tributación a la renta y perfecciona otras disposiciones legales tributarias, publicada en el *D.O.* de 08 de febrero de 2016.

Actualidad Juridica 36.indd 289 01-09-17 11:59

Para los efectos de determinar los resultados atribuibles al establecimiento permanente, se considerarán solo aquellas rentas originadas por actividades desarrolladas por este o por bienes que hayan sido asignados al establecimiento permanente o utilizados por él, y se aplicará, en lo que sea pertinente, lo dispuesto en los artículos 12, 41A, 41B y 41C, en este último caso, cuando hubiese sido procedente su aplicación de haberse obtenido las rentas por personas domiciliadas o residentes de un país con el cual exista un convenio para evitar la doble tributación internacional vigente, en el que se haya comprometido el otorgamiento de un crédito por el o los impuestos a la renta pagados en los respectivos Estados contratantes.

Los contribuyentes a que se refiere el artículo indicado previamente, deberán determinar los referidos resultados del establecimiento permanente de que se trate sobre la base de un balance general según contabilidad completa, considerándose como si se tratara de una empresa totalmente separada e independiente de su matriz, tanto respecto de las operaciones que lleve a cabo con ella, con otros establecimientos permanentes de la misma matriz, con empresas relacionadas con aquella en los términos del artículo 41E o con terceros independientes. Para llevar a cabo ajustes a los resultados del establecimiento permanente a fin de adecuarlos a lo dispuesto en este artículo, cuando ello sea procedente, tanto el contribuyente como el Servicio deberán estarse a lo dispuesto en el artículo 41E, en cuanto sea aplicable.

Los impuestos que afectan los establecimientos permanentes, sobre sus rentas efectivas, tanto percibidas como devengadas, determinadas de acuerdo con el mecanismo establecido en los artículos 29 al 33 de la Ley sobre Impuesto a la Renta es el de primera categoría, es decir, le afectan las mismas disposiciones que a cualquier empresa establecida en el país.

De acuerdo con el artículo 21 inciso 3° de la misma ley, los establecimientos permanentes también se afectan con el impuesto único del 35%, sobre las partidas o cantidades señaladas en el artículo 33, número 1 (gastos rechazados), que correspondan a retiros de especies o a cantidades representativas de desembolsos de dinero que no deban imputarse al valor o costo de los bienes del activo, con excepción de los gastos anticipados que deban aceptarse en ejercicios posteriores.

Entonces, de acuerdo con lo previsto por los artículos, 14, 58 número 1 y 62 de la ley, estos contribuyentes se encuentran sujetos al sistema de tributación sobre la base de retiros y distribuciones, establecido en la primera de las disposiciones legales antes citadas, ya que para la determinación de sus rentas efectivas están obligados a llevar una contabilidad completa y balance general. En consecuencia, respecto del impuesto adicional que les afecta tributan en relación al total de las rentas atribuibles a estos que deban atribuir, remesen al exterior o sean retiradas conforme a lo dispuesto en los artículos 14, 14 ter; 17, número 7, y 38 bis, durante el ejercicio comercial respectivo.

Actualidad Juridica 36.indd 290 01-09-17 11:59

III. Tensión normativa, límites a la potestad tributaria y control de proporcionalidad

En este punto, cobra relevancia lo descrito anteriormente, por cuanto la legislación establece un tratamiento diferenciado para contribuyentes residentes, no residentes de países con los cuales Chile tiene convenio para evitar la doble tributación internacional y no residentes que no tienen convenio. Así, los contribuyentes residentes de países que tiene convenio para evitar la doble tributación internacional pueden utilizar como crédito el 100% del impuesto de primera categoría pagado cuya tasa efectiva es de 35%; mientras tanto para los contribuyentes chilenos y los demás inversionistas extranjeros no residentes de países con los cuales Chile no tiene convenio de doble tributación internacional vigente, la tasa efectiva será de 44,45%. Lo que a simple vista deja en evidencia que la legislación le da un tratamiento más favorable a los no residentes con convenio para evitar la doble tributación internacional que a los propios nacionales.

Frente a esto, la potestad tributaria de un Estado, definida como la facultad jurídica que tiene para establecer tributos, reconoce límites, en primer lugar internos, que se manifiestan en los principios y garantías constitucionales que regulan los tributos y externos, dados por la potestad tributaria de otros países (tratados internacionales o convenios). Estos límites constituyen un verdadero resguardo o, si se quiere, una adecuada estructura de garantías de los derechos fundamentales de la personas, desde el punto de vista de sus relaciones con el Estado, pues esta potestad deja de verse como cúmulo de facultades discrecionales, para convertirse en el ejercicio de competencias regladas por parte de los órganos de Estado llamados a reglar el ámbito tributario.

Por una parte, los convenios internacionales[18] para evitar la doble tributación internacional, no son más que tratados internacionales[19] suscritos entre dos Estados, que se incorporan al ordenamiento jurídico interno de cada uno de ellos, y que en el caso concreto se refieren a materias tributarias;

[18] Circular N° 57 Servicios de Impuestos Internos de fecha 16.10.2009 "Beneficiario efectivo y normas antiabuso en los Convenios para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal con relación a los impuestos a la renta y sobre el patrimonio suscritos por Chile".

[19] Se ha definido a los tratados internacionales como "(...) un acuerdo internacional celebrado generalmente entre Estados, regidos por el Derecho internacional y destinado a producir efectos jurídicos", Benadava (1993), p. 65. A su turno la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados lo ha definido, para los fines de la convención, como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". Nosotros agregaremos que, desde la STC (2002), rol N° 325-2002 Corte Penal Internacional; dichos tratados deben en todo caso respetar el contenido de las disposiciones constitucionales vigentes en el ordenamiento jurídico nacional, so pena de tenerse por inconstitucional el contenido de dicho tratado.

Actualidad Juridica 36.indd 291 01-09-17 11:59

con la especial finalidad de eliminar o aminorar la doble tributación internacional, que afecta o dificulta el intercambio de bienes y servicios y los movimientos de capitales, tecnologías y personas, beneficiando exclusivamente a las personas naturales o jurídicas, residentes o domiciliadas en alguno de los Estados contratantes, que cumpliendo determinados requisitos que los mismos imponen pueden hacer uso de los créditos. Simultáneamente, tienen otros objetivos, como señalan los comentarios al modelo preparado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (OCDE), entre ellos, busca promover el intercambio de bienes y servicios y el movimiento de capital y personas, así como también prevenir la evasión y elusión fiscal[20], permitiendo abrir la economía del país a nuevos mercados, promoviendo la colaboración entre autoridades tributarias haciendo, además, que Chile resulte más interesante para los inversionistas extranjeros y, por otro lado, estimula a los chilenos a invertir en otros países. En cuanto a la jerarquía que estos convenios dentro de nuestro ordenamiento jurídico, si bien no existe una postura clara al respecto la doctrina mayoritaria esta conteste en el rango supralegal de estos tratados.

Por otro lado, encontramos el principio de igualdad tributaria, como límite material al poder tributario y, por consiguiente, las normas que en él se inspiran están orientadas a poner fin a la arbitrariedad. No se trata de establecer una igualdad aritmética, sino de asegurar el mismo tratamiento tributario a quienes se encuentran en análogas situaciones, cuestión que respalda la propia C*onstitución Política de la República* como se explica a continuación.

El principio de igualdad tributaria, que encuentra su consagración constitucional en el artículo 19:

> "La Constitución asegura a todas las personas: 20° La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las cargas públicas"

y se encuentra en plena armonía con el principio de igualdad ante la ley, establecido en el número 2 del artículo 19 de la Constitución. Esto es, el derecho a no sufrir discriminaciones de ningún tipo en el tratamiento que los órganos del Estado deben dar a las personas en el ámbito tributario, es decir, que no puede darse un tratamiento distinto a quienes se encuentren en una misma situación jurídica y económica.

Se dice que hay dos modalidades del principio de igualdad:

a. Igualdad por la ley: Esta, advirtiendo que existen desigualdades, las corrige por medio de sus preceptos. Para conseguir este propósito, establece diferencias entre las personas. O sea, la legislación no parte sobre la

[20] Comentarios al modelo OCDE, párrafo 7 comentarios al art. 1.

Actualidad Juridica 36.indd 292 01-09-17 11:59

base de que todos son iguales; por el contrario, se reconoce que hay diferencias y que, por lo mismo, en concordancia con el principio de igualdad, la ley debe encargarse de subsanarlas.

b. Igualdad ante la ley. Bajo esta modalidad del principio, la ley sí parte sobre la base de que todas las personas son iguales. En consecuencia, la ley no puede establecer discriminaciones arbitrarias alterando esta igualdad.

El artículo 19 N° 2[21] de la Constitución Política contiene un principio de igualdad general, que pone a todos en una posición de igualdad ante la ley, mientras el artículo 19 N° 20 del texto constitucional, por el contrario, no parte sobre la base de que todos son iguales; sino que hace distingo en lo que tiene relación con la capacidad contributiva de los individuos. O sea, en este último caso la igualdad se concreta cuando la ley tributaria toma en consideración las diversas capacidades económicas de los contribuyentes y, de acuerdo con estas, establece tratos diferenciados. Lo anterior es posible, por cuanto los números 2 y 22[22] de artículo 19 del texto constitucional permiten establecer diferencias, con tal que estas no sean arbitrarias.

Se ha vinculado, por nuestros tribunales, este principio de manera muy estrecha con el principio de legalidad, porque se tiene presente que la igualdad se obtiene mediante la progresión, proporción y forma de los tributos que establece la ley. Es decir, antes de evaluar si el tributo establece una diferencia no permitida por la Constitución, debe determinarse si esta ha sido o no fijada por ley. Si la respuesta es positiva, se considera que el principio de igualdad ha sido respetado; ello resulta relevante, pues de esa forma se entiende a la proporcionalidad y a la progresividad como elemento de la igualdad tributaria.

En efecto, de acuerdo con lo expresado, se presenta el problema que se ha venido tratando a lo largo de este trabajo, específicamente en lo que respecta al régimen de integración parcial consagrado en el artículo 14 letra B de la Ley de Impuesto a la Renta y, la importancia radica en la posible conducta arbitraria que conculcaría el principio constitucional de igualdad tributaria recién citado; esto, atendida la distorsión que se provoca al permitir a contri-

[21] Artículo 19 N° 2 de la Constitución Política: "La Constitución asegura a todas las personas: 2°La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

[22] Artículo 19 de la Constitución Política: "La Constitución asegura a todas las personas: 22° La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica. Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo deéstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos".

Actualidad Juridica 36.indd 293 01-09-17 11:59

buyentes no residentes, en la medida que estén acogidos a un convenio para evitar la doble tributación internacional, reconocerles como crédito contra el impuesto personal, impuesto adicional, el 100% del impuesto de categoría pagado; frente a la situación de residentes y de no residentes de países con los cuales Chile no tiene convenio para evitar la doble tributación vigente, quienes solo pueden descontar según este régimen el 65% del impuesto de categoría pagado contra su impuesto final. Haciendo hincapié en que ciertos contribuyentes no tienen la facultad de optar por este régimen, sino que quedan dentro de él por defecto, al cumplir ciertas exigencias que la misma norma señala.

Lo anterior se concreta en que la tasa real efectiva para los no residentes que estén acogidos a un convenio para evitar la doble tributación internacional es de 35%, y para el caso de residentes y de no residentes de países con los cuales Chile no tiene convenio para evitar la doble tributación vigente, es de 44,45%. Punto tratado extensamente en los acápites anteriores.

Con el fin de analizar la existencia de un trato arbitrario en la tributación de estos contribuyentes al amparo de este régimen es necesario recordar la obligación que asiste a los órganos del Estado, de orden constitucional, de determinar específicamente si se encuentran las personas en situaciones idénticas o disimiles. En el caso de la reforma tributaria incorporada a nuestra legislación por la ley Nº 20.780, es del caso indicar que ella no fue objeto de revisión por el Tribunal Constitucional, por cuanto esta no es una ley en que se exige el control preventivo de constitucionalidad. Cuestión que finalmente resulta determinante si se tiene en cuenta, que en la actualidad, el Tribunal Constitucional representa, *de facto*, un papel fundamental en el proceso de formación de la ley, al menos respecto de aquellas leyes en que la Constitución exige el control preventivo de constitucionalidad.

Es en este contexto, el de la revisión judicial, que puede realizar el Tribunal Constitucional respecto de la legislación, en el que aparece el principio de proporcionalidad como una herramienta útil para detectar normas inferiores pudiendo ponderar los costos y beneficios privados y sociales que están en juego. Mediante la proporcionalidad se puede llegar a determinar si una actuación estatal y, más precisamente, su intensidad es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin. Ello porque la forma de saber si un acto es arbitrario y carente de razonabilidad, es determinar si existe proporcionalidad entre aquel y el fin que persigue.

Así, el Tribunal Constitucional entendió por igualdad ante la ley lo siguiente[23]:

> "Considerando 13° Que este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas

[23] STC (2009), rol N°1234-2009, desestimatoria. Considerando 13°.

Actualidad Juridica 36.indd 294 01-09-17 11:59

> deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable, entre quienes no se encuentren en la misma condición. En esa línea se ha concluido que la razonabilidad es cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o desigualdad. A mayor abundamiento esta magistratura también ha sentenciado que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que también debe ser objetiva, es decir, deben existir presupuestos objetivos que justifiquen el tratamiento del legislador. Además ha precisado que para poder determinar si se infringe o no la igualdad ante la ley, debe atenderse a la finalidad del legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trate, finalidad que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma. En otras palabras, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionales válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados".

Asimismo, ha fallado en el siguiente tenor:

> "Se lesiona la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no medie ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad para lo cual se requiere que aquello persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto"[24].

Siguiendo esta tesis el Tribunal Constitucional expone:

> "la distinción entre igualdades esenciales y las desigualdades esenciales, en términos que una igualdad esencial se presenta cuando personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables. En virtud de esta distinción, una ley se considera arbitraria y consecuentemente inconstitucional si trata des-

[24] STC (2008), rol N° 1273-2008, considerando 60°; STC (2010), rol N° 1710-2010, considerando 100°.

Actualidad Juridica 36.indd 295 01-09-17 11:59

> igualmente a las igualdades esenciales o si trata igualmente a las desigualdades esenciales. De acuerdo con esta tesis, se lesiona la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual"[25].

En definitiva, si el tratamiento diferenciado que da el legislador, es razonable, obedece a criterios objetivos y la finalidad de la norma es adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, no se vulnera el principio material de igualdad tributaria existiendo proporcionalidad de la norma.

IV. Conclusión

Con motivo de la reforma tributaria y la aplicación del régimen de integración parcial, como se explicó en el cuerpo del presente trabajo, la carga efectiva en el pago de su impuesto global complementario o adicional, en su caso sobre dividendos pagados, utilidades o remesas a contribuyentes residentes y no residentes de países sin convenio para evitar la doble tributación internacional sería de 44,45%, mientras que en caso de existir convenio vigente esta carga se mantendrá en 35%, situación que no se encuentra plenamente justificada y que deja a una parte importante de contribuyentes, en desventaja.

Se desprende de lo concluido previamente que al revisar el principio de igualdad tributaria y relacionarlo con el control de proporcionalidad; con el fin de constatar si el actuar del legislador se enmarcaría dentro de los límites permitidos para este, esta conducta, si bien no parece que es la más adecuada, pues luce injusta, no es arbitraria y se encuentra conforme con el principio de igualdad tributaria puesto que el propio texto constitucional establece que la ley está facultada para establecer distinciones o tratamientos tributarios desiguales, conducta que en los hechos se sujeta a criterios y lineamientos técnicos razonables y objetivos, estableciendo tasas impositivas diferentes según se trate de contribuyente internos o externos. Obviamente, se sigue provocando una diferencia de trato entre contribuyentes externos lo cual es del todo lógico ya que los extranjeros de países que tienen convenio para evitar la doble tributación internacional con Chile, deben estar en un escenario privilegiado precisamente por efecto del convenio resultado de una larga negociación y acuerdo entre diversas naciones.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que en un principio parece ser más favorable, como el hecho de ser residente de un país con el cual Chile tiene convenio para evitar la doble tributación internacional, no debe ser confundido con

[25] STC (2010), rol N° 1399-2010 y 1469-2010, acumulados, considerando 16°.

Actualidad Juridica 36.indd 296 01-09-17 11:59

una actuación o discriminación arbitraria del legislador, como se indicó en el párrafo anterior; pues no debe perderse de vista que la finalidad del convenio es, precisamente, evitar la doble tributación internacional, es decir, que la misma renta pague impuestos dos veces, debido a que la renta tributa en el país de residencia del contribuyente. Además, para tener derecho al crédito se deben cumplir ciertos requisitos como ser "beneficiario efectivo"[26] de la renta y, debe contar con un certificado de residencia emitido por autoridad tributaria competente, por lo tanto, es de toda justicia que a estos contribuyentes se les otorgue el 100% del crédito contra el impuesto adicional por el impuesto de categoría pagado, cumpliendo los requisitos que las normas les imponen, previniendo el abuso de los convenios. Recordemos que estos convenios son anteriores a la normativa cuestionada, siendo esta última la que pone a los residentes en esta situación desfavorable, no el convenio Internacional.

Esta distinción encuentra, además, su justificación al obedecer a un criterio económico-político, referido a la problemática que se hubiese presentado si no se hubiese otorgado el crédito del 100% para los contribuyentes no residentes de países con los cuales Chile tiene convenio para evitar la doble tributación internacional y, las pérdidas en las relaciones económicas y comerciales que como consecuencia hubiese tenido el desahucio de los convenios. Según esta explicación, anterior a la reforma tributaria, el sistema tributario chileno era de integración total de créditos y, bajo este escenario se celebraron los convenios para evitar la doble tributación internacional, estos, a su vez, contemplan dos instancias mediante los cuales los tratados debían ser sometidos a consulta. Una de ellas es si la tasa máxima adicional superaba el 42% o 35% (dependiendo el caso) o, si bien el país dejaba de tener un sistema integrado de tributación. Con la entrada en vigencia de las leyes Nº 20.780 y Nº 20.899, cambió el sistema a uno semiintegrado como, asimismo, varió la tasa, con una tasa marginal máxima de hasta 44,45%. Ante este nuevo escenario, se permite que los tratados ya aprobados y vigentes con Chile pudieran ser desahuciados por los respectivos países, por exceder el monto máximo (42%). Con todo esto, las opciones que tuvo Chile fueron diversas y se optó por tener un 35% máximo de impuestos para los países con los cuales Chile tiene convenios para evitar la doble tributación internacional. Finalmente, esta es la razón por la cual se les aplica el 100% del crédito contra el impuesto adicional por el impuesto de categoría pagado.

Sin perjuicio de la distorsión que se provoque y de posible migración de contribuyentes a países con los cuales Chile tenga convenio de doble tributación vigente, y las consecuencias que pudiese traer aparejada la aplicación de la reforma tributaria, el objetivo de la misma fue aumentar la carga tributaria

[26] Circular N° 57 de 16.10.2009 Servicios de Impuestos Internos, "Beneficiario efectivo y normas anti abuso en los Convenios para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal con relación a los impuestos a la renta y sobre el patrimonio suscritos por Chile".

Actualidad Juridica 36.indd 297 01-09-17 11:59

en 3% del producto interno bruto, para financiar con ingresos permanentes gastos permanentes, avanzar en equidad tributaria mejorando la distribución del ingreso, introducir nuevos y más eficientes incentivos de ahorro a la inversión, impulsar medidas para disminuir la evasión y elusión. Fines que van en pro del bien común de todos los chilenos que justificarían el actuar del legislador en relación con esta distinción entre residentes y no residentes de países con los cuales Chile tiene convenio para evitar la doble tributación internacional. Sin embargo, en los hechos podría significar a futuro que muchos inversionistas se vieran incentivados a cambiar de residencia de un país a otro. Por lo que cobrará gran relevancia la planificación tributaria de las empresas, situación que se verá reflejada en el futuro con la puesta en marcha de la reforma tributaria y quizá a largo plazo.

Igualmente, queda pendiente, en lo sucesivo dar un seguimiento a la aplicación que en la práctica que se le dará al régimen de integración parcial y como se irán dando en las relaciones entre estos contribuyentes con la normativa jurídica recién puesta en vigor, ya que según lo indicado por Servicios de Impuestos Internos, al 5 de enero de 2017, solo el 16,7%[27] de las empresas optó por tributar en el régimen de integración parcial de créditos.

Bibliografía

Albornoz Robertson, Juan (2012): "El Establecimiento Permanente". Disponible en www.mingaonline.uach.cl/pdf7reviderv11/art01.pdf

Benadava, Santiago (1993): *Historia de las Fronteras de Chile* (Santiago, Editorial Universitaria)

Buhler, Ottmar (1968): *Principios del Derecho Internacional Tributario* (Madrid, Ediciones de Derecho Financiero)

Ibaceta, David (2014): "El Principio de justa y proporcional igualdad impositiva", en *Revista de Derecho Público*, Vol. 73: pp. 193-220.

Linares Quintana, Segundo (1953): *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado* (Buenos Aires, Editorial Alfa) Tomo iv.

Masbernat Muñoz, Patricio (2012): "El Desarrollo de los Principios Constitucionales Tributarios de carácter material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, sección: estudios Vol. 19 N° 1: pp. 129-196.

Vasquez, Ruby (2016): *Manual de Consultas Tributarias* (Santiago, Thomson Reuters).

[27] http://www.sii.cl/pagina/actualizada/noticias/2017/050117noti01as.htm

Actualidad Juridica 36.indd 298 01-09-17 11:59

Normas

Circular N° 48 (12/07/2016), Instruye sobre las modificaciones efectuadas por la Ley N° 20.780 de 2014 y Ley N°20.899 de 2016 a los artículos 41A, 41B y 41C, de la Ley.

Circular N° 57, (16/10/2009) Servicios de Impuestos Internos, "Beneficiario efectivo y normas anti abuso en los Convenios para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal con relación a los impuestos a la renta y sobre el patrimonio suscritos por Chile."

Circular Nº 49 (14/07/2016) Servicio de Impuestos Internos, Instruye sobre las modificaciones efectuadas por las Leyes Nºs 20.780 y 20.899 a la Ley sobre Impuesto a la Renta y demás normas legales, relacionadas con los nuevos regímenes generales de tributación sobre renta efectiva en base a contabilidad completa, vigentes a contar del 1° de enero de 2017.

Decreto 100 (22/09/2005), Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de Constitución Política de la República de Chile.

Decreto ley Nº 824 (31/12/1974), Ley sobre Impuesto a la Renta.

Ley N°20.956 (26/10/2016) "Establece medidas para impulsar la productividad", Rige 1.01.2016.

Ley Nº 20.780 (29/09/2014), sobre Reforma Tributaria que modifica el Sistema de Tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario.

Ley Nº 20.899 (08/02/2016), simplifica el sistema de tributación a la renta y perfecciona otras disposiciones legales tributarias.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2008): Rol N° 1273-2008, de 24 de noviembre 2008 (eequerimiento de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Tribunal Constitucional (2010): Rol N° 1710-2010, de 27 de abril de 2010 (proceso de Inconstitucionalidad abierto de oficio).

Tribunal Constitucional (2010): Rol N° 1399-2010, de 4 de noviembre de 2010 (acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Tribunal Constitucional (2009): Rol N° 1234-2009, de 7 de julio de 2009 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

Actualidad Juridica 36.indd 299 01-09-17 11:59

RENTA ATRIBUIDA. CONSTITUCIONALIDAD DEL CONCEPTO

ATRIBUTION METHOD. THE CONSTITUTIONALITY OF THIS CONCEPT

Jordi Fosalba Henry[*]

Resumen: El presente trabajo analiza la incorporación del concepto de renta atribuida a nuestra legislación tributaria y su posible inconstitucionalidad. Se analizará la incorporación del concepto por la ley Nº 20.780[1] y su posterior modificación por la ley Nº 20.899[2]. También se considerarán las instrucciones administrativas emanadas del Servicio de Impuestos Internos (en adelante el SII) sobre la materia. Comentaremos los principales argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad del concepto, entregando nuestras conclusiones al respecto.

Palabras clave: Renta atribuida – Inconstitucionalidad – Retiros – Presunciones.

Abstract: The present paper analyzes the incorporation of Attribution Method concept to our tax legislation and its possible unconstitutionality. We will analyze the incorporation of the concept by Law 20.780 and its subsequent modification by Law Nº 20.899. Also, in the analysis, we will consider the administrative instructions issued by the Internal Revenue Service (hereinafter SII) on the subject. Finally, we will comment the main arguments for and against the constitutionality of the concept, delivering our conclusions in this respect.

---

[*] Abogado especialista de la División de Servicios Legales y Tributarios en Price Waterhouse Coopers. Magíster © en Derecho Tributario, Universidad de Concepción. Abogado, Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo.

[1] Ley de Reforma Tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario. Publicada en el *Diario Oficial* con fecha 29 de septiembre de 2014.

[2] Ley que simplifica el sistema de tributación a la renta y perfecciona otras disposiciones legales tributarias. Publicada en el *Diario Oficial* con fecha 8 de febrero de 2016.

Actualidad Juridica 36.indd 301 01-09-17 11:59

Key words: Attributed Income – Unconstitutionality – Withdrawals – Presumptions.

I. Introducción

Una de las principales modificaciones introducidas por la ley Nº 20.780 a la Ley de la Renta (en adelante LIR), que rige a partir del 1 de enero de 2017, tiene relación con la forma en que deberán tributar los propietarios, comuneros, socios o accionistas de empresas que determinen sus rentas efectivas sobre la base de un balance general según contabilidad completa.

Se incorporan dos nuevos regímenes de tributación alternativos para la aplicación del impuesto global complementario o adicional, que reemplazan el régimen general existente hasta el 31 de diciembre de 2016, consagrado en la letra A) del artículo 14 de la LIR.

Conforme a lo anterior, a contar del 1 de enero de 2017, los contribuyentes que deban declarar sus rentas efectivas determinadas sobre la base de balance general según contabilidad completa, deberán sujetarse a uno de los siguientes regímenes:

1. Régimen de renta efectiva según contabilidad completa, con imputación total de crédito por impuesto de primera categoría en los impuestos finales. (Lo que se conoce como sistema de renta atribuida de la letra A) del artículo 14 de la LIR)
2. Régimen de renta efectiva según contabilidad completa, con imputación parcial de crédito por impuesto de primera categoría en los impuestos finales. (Lo que se conoce como sistema semiintegrado de la letra B) del artículo 14 de la LIR)[3].

II. Renta atribuida

La ley N° 20.780 y su posterior modificación por la ley N° 20.899, introducen en nuestra legislación el concepto de "renta atribuida". Este concepto se suma a los conceptos de renta devengada y renta percibida ya incorporados en nuestro sistema legal. Para ello, se modifica el concepto de renta definido en el artículo 2 número 1 de la LIR, quedando con la siguiente nueva redacción:

> "Por renta, los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban, devenguen o atribuyan, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación".

[3] En este sentido, SII circular N° 49 de fecha 14 de julio de 2016.

Actualidad Juridica 36.indd 302 01-09-17 11:59

Surge, entonces, la pregunta, ¿qué es la renta atribuida? El propio legislador se encarga de solucionarlo definiéndola en el artículo 2 número 2 párrafo segundo de la LIR:

> "Por renta atribuida, aquella que, para efectos tributarios, corresponda total o parcialmente a los contribuyentes de los impuestos global complementario o adicional, al término del año comercial respectivo, atendido su carácter de propietario, comunero, socio o accionista de una empresa sujeta al impuesto de primera categoría conforme a las disposiciones de las letras A) y C) del artículo 14, y de la letra A) del artículo 14 ter, y demás normas legales, en cuanto se trate de rentas percibidas o devengadas por dicha empresa, o aquellas que le hubiesen sido atribuidas de empresas en que ésta participe y así sucesivamente, hasta que el total de las renta percibidas, devengadas o atribuidas a dichas empresas, se atribuyan a los contribuyentes de los impuestos global complementario o adicional en el mismo año comercial, para afectarse con el impuesto que corresponda".

De la definición de renta atribuida se desprende que no cualquier contribuyente puede generar dicha renta; en efecto, solo corresponderá a los contribuyentes ahí señalados, materia que revisaremos más adelante.

Se puede apreciar del concepto entregado por el legislador que difiere notoriamente de las definiciones de los conceptos de renta devengada[4] y renta percibida[5], por cuanto no la define haciendo referencia a sus elementos, sino que lo hace considerando a quienes se aplica.

De la definición entregada debemos proceder a analizar el artículo 14 letra A) de la LIR para comprender el alcance del concepto de "atribución de renta". Recordemos que dicha norma regula la tributación de los "dueños de las empresas" y funciona básicamente a través del sistema de retiros que se imputaban al fondo de utilidades tributarias. Pero las leyes N°s 20.780 y 20.899 modifican el artículo 14 de la LIR estableciendo una nueva redacción que se relaciona directamente con el nuevo concepto de renta atribuida.

Es importante señalar en este punto que las modificaciones introducidas por las leyes N°s 20.780 y 20.899 en materia de renta entraron en vigencia el 1 de enero de 2017, existiendo regímenes transitorios de tributación hasta esa fecha.

---

[4] Artículo 2 número 2 de la Ley de Impuesto a la Renta: Por "renta devengada", aquella sobre la cual se tiene un título o derecho independiente de su actual exigibilidad y que constituye un crédito para su titular.

[5] Artículo 2 número 3 de la Ley de Impuesto a la Renta: Por "renta percibida" aquella que ha ingresado materialmente al patrimonio de un apersona. Debe asimismo, entenderse que una renta devengada se percibe desde que la obligación se cumple por algún modo de extinguir distinto al pago.

Actualidad Juridica 36.indd 303 01-09-17 11:59

La renta atribuida consiste, básicamente, en una ficción a través de la cual se entiende que el contribuyente del impuesto final (global complementario o adicional), retiró para efectos tributarios las rentas percibidas, devengadas y atribuidas por la empresa que tributa en primera categoría. Pero materialmente, dicha renta no ingresa necesariamente a su patrimonio, sino que se realiza la atribución con el solo efecto de pagar el impuesto final. Posteriormente, cuando se retiren materialmente las utilidades, se deberá analizar a qué registro se deben imputar con la finalidad de determinar si ya pagó impuesto. Pero en el evento en que no retire materialmente, igual deberá tributar en su impuesto final con crédito del impuesto de primera categoría pagado por la empresa, cuando proceda. (Característica propia de nuestro sistema integrado a la renta)

Conforme a lo anterior, se desprende que la renta atribuida es una ficción legal, ya que:

> "...se hace tributar a un accionista o socio de la empresa o compañía, que tenga tal condición al 31 de diciembre de cada año, sobre la base de una renta hipotética, ficta o de carácter teórica, que no ha sido retirada y tampoco devengada (al carecer de un título o crédito, puesto que las sumas pueden encontrarse aún en poder o dominio social), de forma tal que no se grava un incremento efectivo de la renta o del patrimonio..."[6].

La existencia de ficciones y presunciones en el Derecho Tributario, tiene como objetivo principal facultar a las administraciones tributarias para determinar la obligación tributaria cuando "...existe la imposibilidad o dificultad de alcanzar un conocimiento directo del hecho imponible..."[7]. Sin perjuicio de la existencia de las ficciones y presunciones en nuestro sistema, la doctrina plantea el peligro que conlleva su utilización, por cuanto supondría posibles vulneraciones a garantías fundamentales como la igualdad, legalidad y no confiscatoriedad.

Por otra parte, surge la interrogante de si la atribución de renta es realmente un incremento de patrimonio. La atribución de renta es una "expectativa de renta", ya que no ha ingresado materialmente el patrimonio del contribuyente; no se tiene un derecho sobre ella, pero igual se le cobra el impuesto. De hecho, puede que el socio o accionista nunca perciba la renta materialmente e igual deba pagar el impuesto.

Conforme a lo anterior, habrá que analizar la obligatoriedad de un sistema u otro, para poder analizar su imposición y constitucionalidad.

Conforme a las instrucciones administrativas emanadas del SII establecidas en las circular N° 49 de 2016, podrán optar por algún régimen tributario los siguientes contribuyentes:

---

[6] Essus (2016).

[7] Montecinos (2012).

Actualidad Juridica 36.indd 304 01-09-17 11:59

- El empresario individual.
- La empresa individual de responsabilidad limitada.
- Las comunidades, cualquiera sea su origen, cuyos comuneros sean exclusivamente personas naturales con domicilio o residencia en Chile, contribuyentes sin domicilio y residencia en Chile o ambos.
- Las sociedades de personas, cuyos socios sean exclusivamente personas naturales con domicilio o residencia tanto en Chile como contribuyentes sin domicilio y residencia en Chile y
- Sociedades por acciones, cuyos accionistas sean exclusivamente personas naturales con domicilio o residencia en Chile, contribuyentes sin domicilio y residencia en Chile o ambos.

Todos los demás contribuyentes quedarán, por defecto, sujetos al régimen de imputación parcial de crédito.

Si los contribuyentes mencionados no optan por algún régimen tributario, quedan por defecto en el sistema de renta atribuida (con excepción de las SpA y los contribuyentes del artículo 58 N° 1 de la LIR, que por defecto quedarán en el sistema semiintegrado). De lo anterior entendemos que la renta atribuida, el régimen tributario por defecto y el silencio de determinados contribuyentes pasará a ser su régimen tributario. Aquí es donde se genera el mayor problema, dado que la renta atribuida será una imposición del legislador y podríamos estar frente a la vulneración de derechos fundamentales como el de propiedad y el de asociación.

Conforme a lo anterior, analizaremos los principales argumentos a favor y en contra de la inconstitucionalidad de la renta atribuida.

A. Argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la renta atribuida

Los principales argumentos de inconstitucionalidad de la renta atribuida se basan en la vulneración de algunos principios constitucionales tales como el principio de legalidad y el principio de igualdad en materia tributaria, los que analizaremos.

Nuestro ordenamiento tributario distingue entre contribuyentes personas naturales, personas jurídicas y tenedores de bienes ajenos afectos a impuestos[8].

Conforme con lo anterior, nuestro *Código Civil* distingue claramente las personas jurídicas y sociedades, de las personas naturales[9].

[8] Artículo 8° N° 5 del *Código Tributario*: Por "contribuyente", las personas naturales y jurídicas o los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos.

[9] Artículo 2053 del *Código Civil*: "La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados".

Actualidad Juridica 36.indd 305 01-09-17 11:59

Sobre el particular, se ha dicho:

> "...las personas jurídicas o sociedades tienen un patrimonio propio, separado del patrimonio de las personas naturales que la conforman y pueden o no distribuirle los beneficios o utilidades que obtengan. La razón por la cual las sociedades son tratadas tributariamente de manera distinta de los individuos atiende al reconocimiento del principio de personalidad legal separada"[10].

De lo anterior se desprende que existen dos hechos gravados distintos, el que afecta a la empresa y el que afecta a sus dueños, por lo que no correspondería que un mismo hecho gravado afectara a dos contribuyentes distintos.

En este sentido, si la empresa es la que genera una renta, es su patrimonio el que aumenta y no el del dueño. Para ello se requiere de un acto material, que es el retiro o distribución de utilidades que aumenta materialmente el patrimonio del dueño. En ese momento, y no antes, nace un hecho gravado distinto a la obtención de utilidades por parte de la empresa.

En consecuencia, según lo señalado, la renta atribuida infringiría el principio de legalidad por cuanto con el acaecimiento de un hecho imponible se estaría gravando a personas distintas (empresa y dueños de la empresa), sin que se encuentre debidamente tipificado en dos hechos gravados distintos. Como consecuencia del aumento de patrimonio de la empresa, se gravaría inmediatamente el aumento de patrimonio del dueño, sin que ello ocurra materialmente ya que no se retiró ni se distribuyeron las utilidades.

Por otra parte, en las sociedades de personas, para que el socio tenga derecho a las utilidades se requiere de la aprobación del balance u otro sistema señalado en los estatutos. En este sentido, el profesor Álvaro Puelma Accorsi señala:

> "...existirá utilidad con la aprobación de los balances respectivos y en tal época surge en favor del socio un derecho puro y simple en contra de la sociedad para exigir su entrega..."[11].

Conforme a lo señalado, a los socios se les atribuiría renta aun cuando los balances no están aprobados, en cuanto a la atribución de las rentas, se verificará al término del año comercial respectivo. Del mismo modo, si los socios al aprobar los balances acordaran no distribuir utilidades, tributarían en sus impuestos finales de igual manera. En este caso, se podría generar la situación de que en el ejercicio siguiente la sociedad tuviera pérdida que absorbiera las utilidades acumuladas. Consecuencialmente, el socio tributará

[10] Benítez (2014).
[11] Puelma (2011).

Actualidad Juridica 36.indd 306 01-09-17 11:59

sobre una utilidad generada por la empresa y que nunca llegará a su patrimonio.

Debemos recordar que todos los tributos cuentan con elementos comunes, a saber: hecho gravado, contribuyente, base imponible y tasa[12].

Por otra parte, los elementos del tributo deben estar consagrados en una ley, conforme al principio de legalidad, que impera en nuestro sistema. Si bien existe una variante estricta o rigurosa y otra más flexible (tanto nuestra Excelentísima Corte Suprema como el Tribunal Constitucional siguen la última), hay consenso de que todos estos elementos deben estar recogidos por la ley.

En este sentido, se ha señalado:

> "...de acuerdo al principio de legalidad, la ley debe establecer todos los elementos de la obligación tributaria, en la cual se debe relacionar el hecho gravado con un contribuyente, de manera que exista una vinculación subjetiva. En el caso de la renta atribuida, el contribuyente final (persona natural residente o contribuyente no residente) no percibe, no devenga ni tiene título o derecho sobre la renta, sin embargo debe pagar impuesto a la renta por un incremento de patrimonio no realizado ni materializado. El contribuyente está gravado por una mera ficción legal, una mera expectativa o derecho eventual"[13].

Como consecuencia de lo anterior, el contribuyente final debe pagar por una renta que materialmente no ingresó a su patrimonio. Si bien la renta atribuida es una ficción, no podría imputarse a un patrimonio de manera tal que pague impuesto; ahí es donde surge la inconstitucionalidad.

En virtud de lo anterior, el hecho gravado que afecta a la empresa, afectaría también al contribuyente final, sin que exista un verdadero traspaso de renta de un patrimonio a otro.

Por otra parte, tratándose de ciertos contribuyentes, en caso de no elegir un sistema se les imputaría el sistema de renta atribuida, siendo para ellos el sistema por defecto. Este es el caso del empresario individual, la empresa individual de responsabilidad limitada, las comunidades cualquiera sea su origen, cuyos comuneros sean exclusivamente personas naturales con domicilio o residencia en Chile y las sociedades de personas, cuyos socios sean exclusivamente personas naturales con domicilio o residencia en Chile. Todos los otros contribuyentes se encontrarían obligados a tributar bajo el régimen de renta semiintegrada. (Recordemos que las SpA y los contribuyentes del artículo 58 N° 1 de la LIR por defecto quedan en el sistema semiintegrado, es decir, deben manifestar su opción por tributar en el sistema de renta atribuida).

[12] En este sentido, la doctrina comparada entrega el concepto de impuestos fijos, que son aquellos en que el legislador prescinde de los elementos base y tasa.

[13] Benítez (2014).

Actualidad Juridica 36.indd 307 01-09-17 11:59

En consecuencia, no todos los contribuyentes pueden optar a tributar bajo el régimen de renta atribuida e, incluso, para algunos queda prohibida la elección. Por ello, parece discriminatorio para algunos, e inconstitucional, puesto que vulnera los principios de igualdad y generalidad de los tributos.

A mayor abundamiento, se puede sostener que la renta atribuida vulnera el principio de igualdad tributaria, por cuanto prescinde del beneficiario real de la renta,

> "...haciendo tributar a quien aleatoriamente detente la calidad de accionista o socio al 31 de diciembre de cada año, por rentas que no necesariamente ha percibido o devengado"[14].

En este sentido, un socio podría retirar utilidades y vender sus derechos sociales el 30 de diciembre; como consecuencia de lo anterior, se le atribuiría la renta al nuevo socio que figure como titular el 31 de diciembre, sin que ingrese a su patrimonio utilidad alguna. Por tanto, el nuevo socio estaría tributando por una utilidad del año que nunca retirará.

Sobre el particular, se ha señalado:

> "...al no haber un incremento efectivo o real en el patrimonio del contribuyente al que se le atribuye la renta, el tributo se establece sobre una capacidad contributiva ficticia, que en la gran mayoría de los casos no se corresponderá con la realidad"[15].

Lo anterior genera problemas de constitucionalidad, en el sentido de que no existiría un incremento patrimonial, omitiendo la capacidad contributiva del contribuyente. En este sentido el artículo 19 N° 20 de la C*onstitución Política de la República* señala que el tributo debe ser en proporción a las rentas o progresión o forma que fije la ley. Debemos entender, entonces, que no puede existir tributo sin renta, si lo que se tiene es una mera expectativa, no existe renta que se pueda gravar. Lo anterior, por cuanto la renta no se ha percibido ni devengado.

En consecuencia, si gravamos a un contribuyente por una renta que nunca percibirá, se vulnera el principio de igualdad, ya que no se estaría afectando su verdadera capacidad contributiva.

Por último, como ya se señaló, no todos los contribuyentes pueden optar por el sistema de renta atribuida. Las sociedades anónimas no pueden elegir y quedan automáticamente en el régimen semiintegrado, con una tasa de impuesto a la renta de primera categoría de 27%. Por otra parte, los accionistas tienen la obligación de restituir, a título de débito fiscal, una suma equivalente al 35% del crédito por Impuesto de primera categoría. En virtud

[14] Essus (2016).
[15] *Ibid*.

Actualidad Juridica 36.indd 308 01-09-17 11:59

de lo anterior, podrían verse afectados por un régimen menos favorable contribuyentes que no tuvieron derecho a elegir, vulnerándose, así el principio de igualdad en materia tributaria.

A mayor abundamiento, continuando con la vulneración al principio de igualdad, en el régimen semiintegrado se puede dar el caso en que diversos accionistas tengan créditos por impuesto de primera categoría distintos. Es el caso en que una sociedad anónima tenga, por ejemplo, dos accionistas extranjeros, uno con residencia en un país con convenio para evitar la doble tributación

> "en el que se haya acordado la aplicación del Impuesto Adicional, siempre que el Impuesto de Primera Categoría sea deducible de dicho tributo, o se contemple otra cláusula que produzca este mismo efecto"[16]

y el otro no. En este caso, el accionista residente en el país con tratado, no tendrá la obligación de restituir el 35%, lo que se traduce, en la práctica, en que podrá deducir el 100% de su crédito por impuesto de primera categoría, pero en el caso del otro accionista, deberá siempre restituir el 35% de dicho crédito. De lo anterior, se desprende que, pese a que un accionista se encuentre obligado a tributar en el régimen semiintegrado, podrá tener un tratamiento tributario diferenciado a nivel de impuesto final, en relación con otros accionistas.

En otro ejemplo, una sociedad de personas conformada por dos socios extranjeros, en caso de no optar, quedaría por defecto en el sistema semiintegrado. En el mismo caso anterior, el socio residente en el país con tratado vigente, tendrá automáticamente un tratamiento tributario preferente sobre el otro accionista. La diferencia es que en este caso para optar al sistema de renta atribuida se requiere del acuerdo unánime de los socios, de no existir, se queda por defecto en sistema semiintegrado. En conclusión, un socio minoritario con residencia en un país con tratado vigente, podría oponerse a la renta atribuida, sabiendo que tendrá un régimen preferente sobre los otros socios residentes en países sin tratado.

En este punto debemos agregar:

> "...de conformidad al artículo cuarto transitorio de la Ley N° 20.899 de 2016, a partir del 1° de enero de 2017 y hasta el 31 de diciembre de 2019, tampoco se aplicará la obligación de restitución a los contribu-

[16] El artículo cuarto transitorio de la ley N° 20.899 de 2016, señala que a partir del 1 de enero de 2017 y hasta el 31 de diciembre de 2019, tampoco habrá obligación de restitución para los contribuyentes del impuesto adicional residentes en países con los cuales Chile haya suscrito con anterioridad al 1 de enero de 2017 un convenio para evitar la doble tributación internacional, aun cuando no se encuentre vigente, en el que se haya acordado la aplicación del impuesto adicional, siempre que el impuesto de primera de categoría sea deducible de dicho tributo o se contemple otra cláusula que produzca el mismo efecto.

Actualidad Juridica 36.indd 309 01-09-17 11:59

> yentes del Impuesto Adicional residentes en países con los cuales Chile haya suscrito con anterioridad al 1° de enero de 2017 un convenio para evitar la doble tributación internacional, aunque aún no se encuentre vigente, en el que se haya acordado la aplicación del Impuesto Adicional, siempre que el Impuesto de Primera Categoría sea deducible de dicho tributo o se contemple otra cláusula que produzca el mismo efecto. En estos casos, el crédito por Impuesto de Primera Categoría que corresponda sobre los retiros, remesas o dividendos percibidos, de acuerdo los párrafos 1° y 2°, del artículo 63, ambos de la LIR, no está sujeto a la obligación de restituir una parte de éste"[17].

De esta forma, por ejemplo, accionistas residentes en Estados Unidos podrían verse beneficiados con la norma.

En otro orden de ideas, aún dentro de los contribuyentes que pueden optar, el derecho a optar puede ser más aparente que real, en cuanto para ejercer dicho derecho se requiere del acuerdo unánime de los socios o accionistas. En este sentido, se puede dar el caso de que en una sociedad de responsabilidad limitada, compuesta por socios personas naturales con domicilio y residencia en Chile, un socio minoritario se niegue a firmar el acuerdo para optar por el régimen semiintegrado, de esta forma quedando por defecto en el sistema de renta atribuida.

De esta forma, el régimen de renta atribuida no sería del todo opcional, puesto que pese a existir un acuerdo mayoritario por elegir el régimen semiintegrado, la sola voluntad de un socio minoritario los obligaría a tributar bajo el sistema de renta atribuida.

B. Argumentos a favor de la constitucionalidad de la renta atribuida

El principal argumento esgrimido a favor de la renta atribuida es que el Tribunal Constitucional no se pronunció respecto de ella.

El fallo del Tribunal Constitucional señala, respecto de la materia

> "Decimoctavo.- Que, en primer lugar puede observarse, que el conjunto de cuestionamientos formulados en el debate parlamentario y de que dan cuenta los párrafos consignados en el considerando anterior no versan sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales sujetas a control, sino, mayoritariamente, sobre los conceptos de renta atribuida, las facultades del Servicio de Impuestos Internos discutidas en el Primer Trámite Constitucional, la especificidad de la obligación tributaria y otras materias, por lo que, no refiriéndose a las normas sometidas al control preventivo de constitucionalidad, en esta sentencia no se emitirá

[17] En este sentido SII, circular N° 49 de fecha 14 de julio de 2016.

Actualidad Juridica 36.indd 310 01-09-17 11:59

pronunciamiento sobre la materia (véase en este sentido, las ya aludidas sentencias roles N°s 2231, de 28 de junio de 2012, cons. 20°, y 2390, de 23 de enero de 2013, cons 24°)"[18].

Conforme a lo anterior, no existió por parte del tribunal un análisis del concepto, quedando incorporado de esta forma a nuestra legislación.

Otro argumento que existe, en este sentido, es que el concepto de renta atribuida no es nuevo en nuestra legislación. A mayor abundamiento, el artículo 21 de la LIR, ya hacía referencia al concepto al desarrollar los retiros presuntos, donde al contribuyente final se le imputa, para efectos tributarios, un retiro que no realizó desde la empresa. El efecto de lo anterior, es gravar al contribuyente a nivel de impuesto final, a través de una ficción legal donde se presume un retiro.

En este sentido, al incorporar el concepto de retiros presuntos, no se discutió la constitucionalidad del concepto. Por lo anterior, se dice que el concepto de renta atribuida ya estaría presente en nuestra legislación y al aplicarlo en el artículo 14 de la LIR no se vulneraría principio constitucional alguno.

A mayor abundamiento, toda presunción requiere de tres elementos: el hecho base, el hecho presumido y el nexo lógico.

Desde el punto de vista del hecho base, siempre se tendrá la base imponible del impuesto de primera categoría, la cual se constatará en la contabilidad del contribuyente (obligado a llevarla), y se determinará de conformidad de lo preceptuado en los artículos 29 al 33 de la LIR.

En el mismo orden de ideas, también se tendrá certeza de la participación del socio, accionista o comunero (en este parte debemos destacar que eventualmente se podrá estar también a la participación en la utilidades que acordaren los socios en el pacto social).

El hecho presunto, que es el hecho desconocido, consiste en el monto que retira el contribuyente. Este es el elemento por el cual el legislador estimó necesaria la renta atribuida, para evitar el abuso utilizado por algunos contribuyentes para ocultar el verdadero monto retirado. De esa forma, algunos contribuyentes pudieron, mediante maniobras licitas, tributar menos de lo que les correspondía en sus impuestos finales. Esta injusticia e inequidad llevó al legislador chileno a establecer la renta atribuida, lo que da lugar al tercer requisito, el nexo causal.

En conclusión, la renta atribuida cumpliría en principio con los requisitos generales de las presunciones, las cuales se encuentran aceptadas en nuestro sistema legal y con una gran aplicación en el Derecho Tributario.

Por otra parte, la renta atribuida no es el sistema principal impuesto a los contribuyentes, ya que los contribuyentes que pueden optar, siempre

[18] Fallo del Tribunal Constitucional (2014): Rol N° 2713-14-CPR.

Actualidad Juridica 36.indd 311 01-09-17 11:59

podrán elegir el sistema semiintegrado. A mayor abundamiento, existen contribuyentes que nunca podrán elegir la renta atribuida, como sería el caso de la sociedades anónimas. De esta forma, el sistema de la renta atribuida no es obligatorio para los contribuyentes, ni tampoco una imposición legal, atendido que nadie se encuentra obligado a tributar en dicho sistema.

Finalmente, se argumenta que el legislador al no señalar un concepto propio de renta atribuida y al consagrarlo junto a la renta devengada, estaría reconociendo que es un tipo de renta devengada. Conforme a lo anterior, la renta atribuida no constituiría un concepto nuevo propiamente tal, sino que correspondería a una extensión del concepto de renta devengada.

III. Conclusiones

Conforme a los argumentos desarrollados, podemos señalar que el principio de legalidad es el pilar fundamental de nuestro sistema legal, y en especial de nuestro sistema tributario. Consecuencia de ello, es que los elementos del impuesto deben señalarse con exactitud en la ley.

Así las cosas, no parece claro que en la atribución de renta existan hechos gravados distintos que graven a la empresa por una parte y sus dueños por otra.

En el mismo orden de ideas, un hecho imponible que grava a la empresa tendría como consecuencia incidir también a sus dueños, no existiendo por ello un acto o hecho material de la vida real que implique un cambio efectivo de patrimonio.

Como consecuencia, dos patrimonios distintos quedarían gravados por un mismo acto que en principio, solo realiza uno de ellos (la empresa).

Si bien se intenta sustentar el concepto de renta atribuida a través de las presunciones, nos parece correcto clasificarlas dentro de las ficciones legales, las que no siguen los elementos propios de las presunciones. Lo anterior, por cuanto las ficciones desconocen la realidad de las operaciones y asumen como cierto un hecho que en la realidad no ocurrió. Es decir, se estaría asumiendo como real algo que nunca ocurrió, el retiro. Si bien se entiende la necesidad de crear ficciones legales para evitar abusos de los contribuyentes, como sería el caso del artículo 21 de la LIR, en el caso de la renta atribuida parece innecesario. En el apuro del legislador por eliminar los abusos en materia tributaria, se incurrió en la infracción a los principios constitucionales básicos de nuestro sistema.

Lo anterior encuentra su fundamento por cuanto en el artículo 21 de la LIR parece existir un criterio de justicia al entender que existe un retiro encubierto por parte del socio en su beneficio personal. Frente a lo anterior, la norma presume un retiro, que en la práctica nunca existió, con la finalidad de sancionar al contribuyente aumentando su renta líquida en sus impuestos finales.

Actualidad Juridica 36.indd 312 01-09-17 11:59

Por el contrario, tratándose de la renta atribuida, no nos parece ver esa razón de justicia; en efecto, presumir que los dueños de una empresa retiran toda la utilidad obtenida por esta, parece excesivo. En la práctica, las empresas no siempre distribuyen la totalidad de las utilidades a sus dueños con la finalidad de poder invertir los recursos en beneficio del crecimiento de la empresa. Hacer tributar entonces al dueño, por algo que no retiró y de lo que no se benefició directamente, es del todo inconstitucional.

En el mismo sentido, si los socios personas naturales con domicilio o residencia en Chile de una sociedad de responsabilidad limitada pudiendo elegir, quisieran optar por el sistema semiintegrado, bastaría que un socio se opusiera para quedar por defecto en el régimen de renta atribuida. Conforme a lo anterior, no sería un régimen opcional y, por tanto, sería inconstitucional al obligar al contribuyente.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener presente que el concepto de atribución de renta es un cambio de paradigma en nuestro sistema tributario. Lo anterior implica que muchos de los conceptos que hemos entendido de una forma por años tienen hoy un sentido diverso. Así, por ejemplo, renta o patrimonio no son ni serán los viejos conceptos estudiados en la universidad.

El llamado hoy es a estudiar los conceptos a la luz de la nueva legislación, que, para bien o para mal, viene para quedarse; y, de esa forma, entregar al sistema uno de los valores olvidados en estos tiempos: "la seguridad jurídica".

Bibliografía

Benítez, Rodrigo (2014): *Análisis Renta Atribuida y Retención*, Instituto Chileno de Derecho Tributario. Disponible en www.ichdt.cl/userfiles/Analisis%20renta%20atribuida%20y%20retencion%20ppios%20DT%20May2014.pdf.

Essus Jiménez, Carlos (2016): *Presunciones y Ficciones en el Derecho Tributario* (Santiago, Círculo Legal Editores).

Montecinos Araya, Jorge (2012): "Reflexiones en torno a la prueba en el Derecho Tributario", en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Año lxxx N° 231-232: pp. 61-80.

Puelma Accorsi, Álvaro (2011): *Sociedades* (Tercera Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo i.

Normas

Ley Nº 20.780 "Reforma Tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes al sistema tributario", publicada en el *Diario Oficial* con fecha 29 de septiembre de 2014.

Actualidad Juridica 36.indd 313 01-09-17 11:59

Ley Nº 20.899 "Ley que simplifica el sistema de tributación a la renta y perfecciona otras disposiciones legales tributarias", publicada en el *Diario Oficial* con fecha 8 de febrero de 2016.

Circular del Servicio de Impuestos Internos N° 49, 14 de julio de 2016.

Historia de la Ley, N° 20.780, Biblioteca del Congreso Nacional.

Historia de la Ley, N 20.899, Biblioteca del Congreso Nacional.

Otros

www.sistematributario.cl

www.ichdt.cl

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2014): Rol N° 2713-14, 22 de septiembre de 2014.

Actualidad Juridica 36.indd 314 01-09-17 11:59

LA LEY Nº 20.920 Y LA ERA 'REP': UN CAMBIO DE PARADIGMA EN EL MANEJO DE RESIDUOS EN CHILE.

THE 20.920 LAW AND THE 'REP' ERA: A CHANGE OF PARADIGM IN WASTE MANAGEMENT IN CHILE

Martín Aylwin Fernández[*]
David Bortnick de Mayo[**]

Resumen: Este trabajo tiene por finalidad analizar la responsabilidad extendida del productor (REP). La REP es un instrumento ambiental para el manejo de residuos que hace responsable al productor de organizar y financiar el manejo de ciertos productos, llamados por nuestra legislación, productos prioritarios. El trabajo aborda desde la perspectiva teórica la REP y analiza su aplicación práctica en Chile a través de la ley Nº 20.920 con especial énfasis en tres de sus actores más relevantes, los productores, los sistemas de gestión y los gestores. Los autores concluyen que la implementación de la REP en Chile importa un doble cambio de paradigma del manejo de los residuos en Chile.

Palabras clave: Responsabilidad extendida del productor – Ley Nº 20.920 – Manejo de residuos sólidos – Reciclaje.

Abstract: This paper reviews the extended producer responsibility (EPR). EPR is an environmental policy for waste management that makes the producer responsible for organizing and financing the management of certain pro-

[*] Abogado de la Universidad Alberto Hurtado, Master en Derecho de las Energías y Recursos Naturales, Universidad de Melbourne, Australia, profesor del Magister en Derecho Ambiental UDD.

[**] Abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez, profesor del Magister en Derecho Ambiental UDD.

Las opiniones vertidas por el autor son emitidas a título personal y no representan la opinión del Ministerio del Medio Ambiente, donde el autor se desempeña como abogado del departamento de legislación ambiental. El autor agradece cualquier comentario al correo electrónico: maylwinf@gmail.com.

Actualidad Juridica 36.indd 315 01-09-17 11:59

ducts, called priority products under the Chilean law. The paper approaches the topic from the theoretical perspective of EPR and analyzes the practical application of Law 20.920 in Chile, with a special emphasis on three of the most relevant actors: producers, sistemas de gestión (producer responsibility organizations) and gestores (waste operators). The authors conclude that the implementation of the EPR in Chile implies a double paradigm shift of waste management in Chile.

Key Words: Extended Producer Responsibility – Law Nº 20.920 – Solid Waste Management – Recycling.

* * *

I. Introducción

Antes de la implementación de la ley Nº 20.920, el manejo de los residuos sólidos se concentraba principalmente en la disposición final de los residuos. Al año 1996 el 100% de los residuos sólidos domiciliarios se disponían en vertederos y basurales[1]. Esta estadística retrata una triste realidad: mientras que en Alemania la Ley de Manejo de Residuos que implementaba la responsabilidad extendida del productor (REP) se encontraba operativa[2], Chile aún eliminaba todos sus residuos en vertederos que no contaban con las condiciones ambientales apropiadas. Ni hablar, en aquella época, de reciclaje.

Esta realidad se debe, principalmente, a problemas institucionales y vacíos legales de nuestro ordenamiento jurídico. El problema central radica en el diseño del manejo de residuos sólidos domiciliarios en nuestro país. El funcionamiento del manejo de residuos en Chile recae fundamentalmente en las municipalidades. En efecto, la ley Orgánica Constitucional de Municipalidades declara que corresponde a las municipalidades la función privativa de aseo y ornato de la comuna[3], cuestión que realizan a través de la unidad de medio ambiente, a la que corresponderá el servicio de extracción de basura[4].

Las municipalidades, para hacerse cargo de la obligación impuesta por su ley orgánica, pueden concesionar la gestión de la extracción de la basura a empresas privadas, las que, a través de contratos, pactan precios por el volumen recogido[5]. Según ha sido señalado por la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE), muchos de estos contratos establecen prohibiciones de reciclaje a las municipalidades, ya que disminuiría la cantidad de residuos a

[1] Comisión Nacional del Medio Ambiente (2005), p. 9.
[2] Lindhvist (2001), pp. 59 y 73.
[3] Ley N° 18.255 Orgánica Constitucional de Municipalidades, art. 3 letra f).
[4] *Op. cit.*, art. 25 letra b).
[5] Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) (2005), p. 147.

Actualidad Juridica 36.indd 316 01-09-17 11:59

manejar por el contratista[6]. De esta forma, el diseño del sistema no solo incentiva a que los municipios entreguen más residuos, sino que impide muchas veces, que puedan valorizarlos[7].

Junto con lo anterior, otro problema de diseño aqueja el sistema de manejo de residuos domiciliarios en Chile. El decreto ley de rentas municipales reconoce que las municipalidades tienen el derecho a cobrar una tarifa anual por el servicio de aseo, sin embargo, declara como automáticamente eximidos a los usuarios cuya vivienda tenga un avalúo fiscal igual o inferior a 225 UF mensuales[8]. Con ello, el 80% de los ciudadanos se encuentra eximido del pago del derecho de aseo[9]. El problema es evidente, quienes se encuentran eximidos no tienen un incentivo a reducir l generación de basura, puesto que más basura no significa un costo adicional. De la misma forma, las municipalidades deben destinar recursos municipales al manejo de los residuos, cuando podrían usarlo para otros fines.

El sistema anterior a la implementación de la responsabilidad extendida del productor radica la responsabilidad de organización del manejo de residuos a la municipalidad. Como, además, esta no recibe el pago del 100% de los usuarios del servicio, también tiene la responsabilidad de financiar prácticamente la totalidad del costo del manejo de los residuos. El papel de los productores en este sistema es nulo y, si se generan iniciativas de reciclaje, son derivadas de la responsabilidad social empresarial o del hecho de que algunos productos tienen valor de mercado.

Consientes de este problema, el gobierno de Chile en el año 2005 crea la Política integral de gestión de los residuos cuyo objetivo se concentra no solamente en fortalecer los estándares ambientales de la disposición final sino que en reducir la generación de residuos sólidos[10]. De esta forma, se acoge la recomendación de la OCDE, que recomendó que Chile

(i) empleara instrumentos económicos para la gestión de los residuos y
(ii) potenciara el principio ambiental del que contamina paga[11].

Aunque en la década posterior a la publicación de esta política se dictaron diversas normas en materias de residuos[12], la realidad del manejo de los resi-

[6] OCDE (2005), p. 147.

[7] El concepto de valorización que utilizaremos a lo largo de este trabajo es el contenido en la ley Nº 20.920 artículo 3 N° 30, 'conjunto de acciones cuyo objetivo es recuperar un residuo, uno o varios de los materiales que lo componen y, o el poder calorífico de los mismos. La valorización comprende la preparación para la reutilización, el reciclaje y la valorización energética'.

[8] Véase el decreto N° 2385 de 1996, del Ministerio del Interior, que fija el texto refundido y sistematizado del decreto ley N° 3.603 de 1979 sobre rentas municipales, la exención la declara el artículo 7.

[9] OCDE y Comisión Económica Para América Latina y El Caribe (CEPAL) (2016), p. 25.

[10] Comisión Nacional del Medio Ambiente (2005) p. 14.

[11] OCDE (2005), pp. 8 y 124.

[12] Cfr. con Comisión Nacional del Medio Ambiente (2010), p. 8. En el año 2005 entra en vigencia el D.S. Nº 148, que establece el Reglamento Sanitario Sobre Manejo de Residuos

Actualidad Juridica 36.indd 317 01-09-17 11:59

duos al año 2011 no era prometedora, tan solo un 4% de los residuos sólidos domiciliarios fueron recuperados, y el restante 96% fue a disposición final, de ese total, un cuarto de los residuos fueron arrojados a vertederos con estándares ambientales insuficientes[13]. Por tanto, pese a contar con una política de manejo de residuos, no se generó un real cambio hacia una política sustentable de este manejo.

La dinámica que ha adoptado el mercado del manejo de residuos en Chile enfrenta un cambio de era. El 1 de junio de 2016 se promulgó la ley Nº 20.920 marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje. Con esta ley, se abandona la lógica de priorizar la eliminación de los residuos –aunque sea esta en rellenos que cumplan determinados estándares ambientales– y se adopta un nuevo paradigma. Este nuevo modelo reconoce que determinados residuos que hoy llamamos basura, son, en realidad, un recurso que puede ser reutilizado, reciclado o aprovechado energéticamente, dejando en último lugar la eliminación.

Este sistema, como veremos en este trabajo, modifica la responsabilidad que hasta la implementación de la ley Nº 20.920 recaía en las municipalidades, y hace responsable a los productores de algunos productos de organizar y financiar la gestión de los residuos en Chile. En este trabajo abordaremos (capítulo II) la responsabilidad extendida del productor, cómo nace, qué es, cuáles son los beneficios de dicha política y los instrumentos que la componen. Asimismo, abordaremos (capítulo III) la instauración de la REP en Chile, concentrándonos en la lógica del funcionamiento del sistema, los principales actores de la ley y sus principales obligaciones. Concluiremos (capítulo IV) con que la REP constituye un doble cambio de paradigma en el manejo de los residuos en Chile.

II. Teoría de la responsabilidad extendida del productor

A) El problema de las externalidades negativas.

En el mercado del manejo de residuos se consideran externalidades negativas[14] el ruido, la basura y la contaminación del aire o aguas subterrá-

Peligrosos. En el año 2008 entra en vigencia el D.S. Nº 189 que regula las condiciones sanitarias y de seguridad básicas en los rellenos sanitarios. En el año 2007 comienza a regir el D.S. Nº 45, el cual establece la norma de emisión para la incineración y coincineración. En el año 2010, comienzan a regir dos reglamentos, el D.S. Nº 4 para el manejo de lodos generados en plantas de tratamiento de aguas servidas y el D.S. Nº 6 sobre el manejo de residuos generados en establecimientos de atención de salud.

[13] OCDE y CEPAL (2016), p. 25.

[14] Para los efectos de este trabajo se adopta el concepto de externalidad negativa de Mankiw (2012), p. 196. Para el autor una externalidad es el efecto, no compensado, que generan en

Actualidad Juridica 36.indd 318 01-09-17 11:59

neas[15]. Los efectos generados por dichas externalidades pueden generar daños a la salud de las personas[16]. Dado que el mercado no es capaz de incorporar el verdadero costo para la sociedad[17] de producir un producto, es necesario regular[18].

Un mercado sin regular no incorpora los costos de la contaminación del producto, generando una distorsión en el mercado. Como el financiamiento del manejo de los residuos sólidos se hace a través del pago de un derecho de aseo por los contribuyentes, quien genera más residuos y, en consecuencia, contamina más, no paga un mayor costo que aquellos que generan menos residuos[19]. Esta realidad no genera ningún incentivo a la disminución de la generación de residuos, ya que reducir la generación de los residuos domiciliarios no implica un ahorro de los costos para el contribuyente.

Esta dinámica generó un problema en el manejo de los residuos que terminó por exceder las capacidades de los municipios para el manejo eficiente de estos[20]. Por un lado, el manejo de residuos es una actividad costosa y ese costo es asumido íntegramente por los contribuyentes o por la municipalidad cuando un porcentaje de ellos está eximido del pago. Por otra parte, existe un problema asociado a los rellenos sanitarios. Pese a que estos cumplen altos estándares ambientales, existe una gran reticencia de la ciudadanía a tener un relleno sanitario en su comuna[21]. Estos problemas hicieron necesario encontrar una alternativa sustentable al manejo de algunos residuos que podían ser reutilizados o valorizados.

La responsabilidad extendida del productor es un instrumento que reconoce que el mercado, por sí mismo, ha sido incapaz de subsanar las fallas. Para enmendarlo, instaura diversos instrumentos para modificar el comportamiento del mercado y cumplir metas ambientales[22]. En consecuencia, con su implementación, inspirada en el principio del que contamina paga[23], se interviene el mercado de manejo de residuos sólidos imponiendo el costo

un tercero las acciones de una persona, y cuando dicho efecto es negativo, se le conoce como externalidad negativa.

[15] Braathen (2004), p. 14.

[16] Los riesgos a la salud de quienes viven cerca de un relleno sanitario pueden ser tan graves como cáncer al hígado o leucemia. Para mayor información véase Gouveia y Ruscitto Do Prado (2010) p. 4.

[17] El costo del manejo de residuos refleja solamente los costos operativos de transporte, propiedad del relleno sanitario y su funcionamiento, pero falla en incorporar los costos de contaminación del proceso productivo y del producto.

[18] Véase Baldwin; Cave y Lodge (2012), p. 18 y Lodge y Wegrich (2012), p. 18.

[19] Taylor (2000), p. 410.

[20] Ocde (2016), p. 21.

[21] Viscui; Harrington y Vernon (2005), p. 755.

[22] Taylor (2000), p. 410.

[23] Naciones Unidas (1992), principio 16.

Actualidad Juridica 36.indd 319 01-09-17 11:59

de la contaminación de los productos a aquel que los genera, reduciendo el nivel de contaminación y de residuos[24].

Este modelo constituye una forma de regulación que se opone a los mecanismos de regulación tradicional, conocidos como comando y control, y propone un modelo basado en el cumplimiento de metas por parte de los regulados[25]. Esta forma de regular otorga flexibilidad al regulado para dar cumplimiento a su obligación[26]. En el caso de la REP, existe una doble flexibilidad. Primero, el estándar impuesto se adapta al modelo productivo del regulado en tanto que no establece una prohibición en la cantidad de productos que introduce al mercado. Segundo, este instrumento permite que el productor encuentre la forma más eficiente y económica de cumplir con la meta[27].

La REP lo que hace es modificar la dinámica del mercado de manera de

(i) hacer responsable al productor del manejo de los residuos y

(ii) obligar al productor al cumplimiento de metas de recolección y valorización.

Esta variación trae, como consecuencia, que exista una oferta de residuos que valorizar y, como consecuencia de lo anterior, actores que quieran hacerse cargo de dicho proceso, aumentando estos y la competencia dentro del mercado. Es por estas razones que se ha señalado que los instrumentos de mercado permiten el cumplimiento de metas ambientales, al mismo tiempo que permiten el desarrollo de las ventajas propias de los mercados[28].

B) ¿Qué es la responsabilidad extendida del productor?

1. Definición

La mejor forma de explicar qué es la responsabilidad extendida del productor es a través de un ejemplo. Tradicionalmente, los productores, al determinar el precio de un producto, incorporan los precios de la fabricación, distribución y *marketing*, más un porcentaje que le permita obtener utilidades[29]. En ese costo no incorporan la variable ambiental, dejando fuera el costo de la contaminación del producto.

En esta lógica, el productor, una vez que el producto ha sido vendido al consumidor final, es responsable por

(i) las deficiencias en el producto que puedan causar algún daño al consumidor y

(ii) ofrecer la garantía que corresponda por un producto que presente fallas.

[24] Walls (2005), p. 22.
[25] Van Rossem; Tojo y Lindhvist (2006), p. 1.
[26] Parson y Kravitz (2013), p. 420.
[27] Lifset (1993), p. 166.
[28] Parson y Kravitz (2013), p. 420.
[29] Salzman (1997), p. 1270.

Actualidad Juridica 36.indd 320 01-09-17 11:59

La responsabilidad extendida del productor extiende la responsabilidad del productor más allá de la venta del producto, haciendo responsable al productor de su producto, debiendo internalizar los costos ambientales generados por él.

La responsabilidad extendida del productor ha sido definida de diversas formas por distintos autores. Estos conceptos varían en la intensidad de la obligación del productor, y también en la consideración de otros actores –distintos del productor– como responsables del producto.

Para Lindhvist, quien fuera el primer autor en proponer el concepto, la REP hace responsable al productor y se enfoca especialmente en la responsabilidad de este en la etapa posconsumo:

> "La Responsabilidad Extendida del Productor es una estrategia de protección ambiental para lograr un objetivo ambiental de reducir el impacto ambiental de un producto, haciendo al productor de un producto responsable por el ciclo de vida completo de un producto y especialmente de la recolección, reciclaje y disposición final de ese producto"[30].

Para David y Wilt, en cambio, el productor no solo es responsable de la recolección, reciclaje y tratamiento sino que pone especial énfasis aguas arriba en la cadena de producción. También enfoca la responsabilidad en el producto y no en el productor, ampliando la responsabilidad a otros actores, y denominando a este instrumento como responsabilidad extendida del producto, y no productor. De esta forma indica:

> "La Responsabilidad Extendida del Producto es el principio de que los actores a lo largo de la cadena de producción comparten la responsabilidad por los impactos ambientales del ciclo de vida del sistema del producto, incluyendo los impactos aguas arriba inherentes en la selección de los materiales para los productos, los impactos del propio proceso de producción del fabricante, e impactos aguas abajo por el uso y eliminación de los productos. Cuanto mayor sea la capacidad del actor para influenciar los impactos del ciclo de vida del sistema de productos, mayor será el grado de responsabilidad para abordar esos impactos. Los productores, por ejemplo, aceptan su responsabilidad cuando diseñan sus productos para minimizar los impactos ambientales del ciclo de vida de sus productos y cuando aceptan su parte de responsabilidad física o económica por los impactos ambientales que no pueden ser eliminados"[31].

De esta definición se puede extraer una importante conclusión: la REP hace responsable al productor más allá de la fábrica[32] y lo hace a través de res-

[30] Lindhvist (2001), p. 37.
[31] Davis y Wilt (1997).
[32] Lifset (1993), p. 165.

Actualidad Juridica 36.indd 321 01-09-17 11:59

ponsabilizar al productor de los impactos que se generan aguas abajo en la cadena de producción y consumo[33].

La OCDE, en cambio, ha elaborado un concepto de la responsabilidad extendida del productor que carece de la intensidad del concepto anterior. Para la OCDE, la REP es:

> "Una política ambiental en la que la responsabilidad de un productor, física y/o financiera, por un producto se extiende a la etapa posterior al consumo del ciclo de vida de un producto"[34].

Para la OCDE, son dos los elementos que comprende la REP. Primero, el traslado de la responsabilidad, tanto física como económica, desde la municipalidad al productor. Y segundo, la REP es un instrumento que actúa como una obligación a los productores a incorporar la variable ambiental para el diseño de los productos[35].

2. ¿Qué se entiende por responsabilidad?

La responsabilidad extendida del productor, tal como su nombre lo señala, aplica un nuevo régimen de responsabilidad al productor. Este régimen se caracteriza por crear tres tipos de responsabilidad al productor: financiera, física y de información[36].

La responsabilidad financiera consiste en hacer responsable al productor de financiar total o parcialmente el costo de la recolección, reciclado u otra forma de valorización de los productos que pone en el mercado[37].

La responsabilidad física implica que el productor debe asumir la responsabilidad por el reciclaje –u otra forma de valorización– de los productos que pone en el mercado[38]. En términos prácticos, el productor debe, a través de la recolección, recuperar los productos que han sido utilizados por los consumidores, debiendo reciclarlos, por cuenta propia o a través de terceros[39].

El límite entre la responsabilidad financiera y física no es claro, y muchas variables de estos modelos pueden presentarse[40]. Existen modelos en que la responsabilidad es exclusivamente la de financiar el manejo de los residuos

---

[33] Lifset (1993), p. 165.

[34] OCDE (2001), p. 18.

[35] *Ibid*.

[36] Lindhvist (2001), p. 38.

[37] *Ibid*.. A modo de ejemplo, la directiva Nº 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los Residuos y por la que se Derogan Determinadas Directivas, en su art. 8, señala que los estados podrán tomar medidas para la responsabilidad financiera de la gestión de los residuos.

[38] Porter (2004), p. 143.

[39] *Ibid*.

[40] Véase European Commission y DG Environment (2014), p. 78.

Actualidad Juridica 36.indd 322 01-09-17 11:59

ya existente. En otros casos, los productores financian el sistema y firman contratos con las municipalidades para que estas realicen el manejo de los residuos. Otros sistemas incluyen responsabilidad física parcial de los productores, donde algunas obligaciones las cumplen las municipalidades y otras los productores, pero todo es financiado por los productores. Finalmente, puede ocurrir que el productor sea totalmente responsable física como financieramente, y deba ser este el que contrate a los operadores de manejo de residuos.

3. ¿Quién es el que contamina?
El principio del que contamina paga.

El principio del que contamina paga fue empleado por la OCDE el año 1972[41]. Este principio declara que "quien contamina debe asumir el costo de la prevención de la contaminación y las medidas de control"[42]. Para implementar este principio, se recomienda que los Estados no impongan en sus regulaciones deducciones o subsidios para quienes contaminan[43].

El principio del que contamina paga ha encontrado desarrollo en la responsabilidad extendida del productor. La OCDE tanto en el año 2001 como en 2016, declara que la REP consagra el principio del que contamina paga ya que internaliza las externalidades negativas generadas por la generación de un determinado producto[44].

Aunque la OCDE ha sido enfática en relacionar el principio del que contamina paga con la REP, esta relación ha sido criticada por cuanto no es obvio que el productor sea el responsable de la contaminación[45]. De hecho, se ha señalado que los consumidores son los responsables, ya que ellos convierten esos productos en desechos y los introducen al ambiente, los productores, en cambio, fabrican un producto, no un residuo[46]. Esta visión consagra un elemento claro, la externalidad derivada de la contaminación de un producto es generada por la decisión del consumidor y no por la decisión del productor de fabricar un producto.

¿Quién es entonces el que contamina? ¿Y por qué se responsabiliza únicamente al productor?

Lenzen *et al.*, proponen un punto intermedio al que los autores del presente artículo adherimos. La responsabilidad de las externalidades es compartida tanto por el productor como por el consumidor, ya que ambos "jue-

[41] OCDE (1992), pp. 5-7. Para la OCDE el principio del que contamina paga es un principio que permite asignar el costo de la contaminación. De esta forma se internalizan las externalidades negativas derivadas de la contaminación.

[42] OCDE (1992), p. 5.

[43] *Ibid*. Véase también Tufet-Opi (2002), pp. 43-44.

[44] OCDE (2001), p. 21 y ECDE (2016), p. 21.

[45] Massaruto (2014), p. 15.

[46] Sachs (2006), p. 65.

Actualidad Juridica 36.indd 323 01-09-17 11:59

gan un rol en causar huellas ecológicas"[47]. Así como el productor toma la decisión sobre la materia prima de sus productos, eligiendo, a veces, materiales que son contaminantes, el consumidor toma la decisión de consumir ese producto y no otro.

Si ambos contaminan, ¿por qué se hace responsable solo al productor? En nuestra opinión, la respuesta puede ser doblemente contestada. Por un lado, si no se otorgan responsabilidades claras a un actor determinado "la responsabilidad de todos termina siendo la responsabilidad de nadie"[48]. Por otro, como se ha dicho, es el productor, y no el consumidor, quien determina el diseño y su materialidad, y es, por ende, quien está en mejor posición para tomar decisiones que hagan que sus productos sean menos contaminantes o más valorizables[49] y quien está, a su vez, en mejor posición para generar un sistema eficiente de recolección y valorización, es por estas razones que se ha radicado la responsabilidad en ellos.

La REP opera sobre la base de que el productor internaliza los costos y los incorpora en el precio del producto, traspasándolo al consumidor[50]. Es decir, existe una responsabilidad compartida. Por una parte el productor debe organizar y financiar el manejo de los residuos, por otra es el consumidor quien finalmente paga por ello.

C) Beneficios de la REP

La responsabilidad extendida del productor ha demostrado ser una política muy efectiva reduciendo tanto la generación de residuos como, asimismo, las toneladas que llegan a los rellenos sanitarios, vertederos y basurales ilegales[51], permitiendo a los municipios reducir el gasto en el manejo de residuos[52] y mejorando considerablemente la calidad de vida de quienes habitan en sus inmediaciones, así como la de la comunidad toda.

Debe considerarse, además, que su implementación redunda en otras ventajas colaterales, incluso, más allá del objetivo sanitario y ambiental con el que originalmente ha sido trazada. Por una parte, la necesidad de aumentar las toneladas recolectadas y valorizadas estimulan la inversión en la industria del reciclaje y, en consecuencia, de los empleos que esta industria genera, aportando como un todo a la economía de los países en los cuales se ha aplicado.

---

[47] Lenzen (2017), p. 32.

[48] Lindhvist; Manomaivibool y Tojo (2008), p. 19.

[49] Lindhvist (2001), p. 41.

[50] OCDE (2001), p. 59.

[51] *Ibid*.

[52] *Op. cit.*, p. 17. Un porcentaje importante de los residuos domiciliarios coinciden con los que maneja la municipalidad. Una prueba de lo anterior es que para el año 2009 en nuestro país el 21,8% del total de residuos sólidos municipales correspondían a papeles, cartones y plásticos. Véase ADAPT Chile (2016), p. 3.

Actualidad Juridica 36.indd 324 01-09-17 11:59

Por otra parte, contribuye a la formalización de la industria de la recolección, puesto que la trazabilidad es uno de los principios determinantes de la implementación; quienes son parte de la cadena de recolección deben acceder al pago de impuestos y al cumplimiento de la regulación sanitaria y ambiental respectiva.

Finalmente, la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones de recolección y valorización instan a los productores a tomar mejores decisiones de diseño, que aun cuando puedan no ser directamente requeridas por la autoridad, surgen como una consecuencia natural de la necesidad de hacer más eficiente la recolección y la valorización. Surge, de esa manera, la noción de ecodiseño como enfoque sistemático que permite diseñar productos que son más amigables con el ambiente[53] y que son, a la vez, más fáciles de reciclar.

Sin la implementación de la REP no se habría podido promover un mercado del reciclaje como el que se ha desarrollado en la Unión Europea y, en menor medida, en otros países. Es por eso que Massarutto ha señalado:

> "Lo que hemos presenciado en los últimos 20 años ha sido, primero, y sobre todo, un gigantesco ejercicio de creación de un mercado, y uno muy exitoso. Hace 20 años ciertos objetivos de reciclaje eran inconcebibles, simplemente porque el mercado aguas abajo era, en el mejor de los casos, extremadamente débil y fundamentalmente local, si es que existente"[54].

La creación del mercado del reciclaje trae aparejado otros beneficios. Por una parte, se reduce la cantidad de materias primas que utilizan los fabricantes de productos en sus respectivos procesos productivos, reemplazándolas por material reciclado[55]. El uso de material reciclado constituye un gran ahorro de energía, a modo de ejemplo una tonelada de plástico reciclado ahorra 5.574 kWh de energía, 2.604 l de petróleo, 98 millones de BTUs de agua y 22 m^3 de espacio en un relleno sanitario[56]. Por otra, reduce la contaminación del aire y agua, así como los impactos en el ecosistema y comunidades como consecuencia de la reducción en la demanda de materias primas[57].

D) Instrumentos ambientales que componen la responsabilidad extendida del productor

La responsabilidad extendida del productor no se compone solamente de un instrumento, sino que de diferentes mecanismos que sirven el mismo fin: el

[53] Maris; Froelich; Aoussat y Naffrechoux (2014), p. 421.
[54] Massarutto (2014), p. 19.
[55] Sachs (2006), p. 64.
[56] Asociación Gremial de Industriales del Plástico de Chile (2016), p. 48.
[57] Ackerman (2005), p. 22.

Actualidad Juridica 36.indd 325 01-09-17 11:59

prevenir la generación de residuos y fomentar que, cuando se generen, dichos residuos sean reutilizados, reciclados o aprovechados energéticamente.

Aunque la REP ha sido catalogada como un instrumento de mercado, se compone de variados instrumentos, no todos ellos, económicos[58]. Esto ha llevado a algunos autores a definirla como un principio político, compuesto, a su vez, por un conjunto de medidas políticas[59]. Considerando que en la REP se pueden buscar diversos objetivos, lo habitual es que la implementación de la REP consista en la aplicación de más de un instrumento[60].

La OCDE ha señalado que hay tres categorías de instrumentos que componen la política de la REP: los que procuran la devolución del producto (*take-back*), los instrumentos económicos y aquellos que fijan estándares de desempeño[61]. A continuación, haremos una breve descripción de cada uno de estos sistemas.

a) Devolución del producto

Uno de los elementos esenciales de la responsabilidad extendida del productor es la responsabilidad que recae sobre los productores de hacerse cargo del producto luego de su uso, algo que ha sido denominado como "devolución del producto" o *product take back*.

Este mecanismo consiste en que los productores están obligados a aceptar determinados productos sobre los que recae la REP una vez que sean devueltos por los consumidores luego del término de su vida útil[62]. Para que los productos sean efectivamente devueltos, es necesario establecer metas de recolección y reciclado para los productores, de forma tal de incentivar los mecanismos necesarios para organizar el mercado.

b) Instrumentos económicos

Los instrumentos económicos se caracterizan por lograr reducir las externalidades negativas del manejo de los residuos a través del uso de incentivos financieros entregados a los participantes del mercado[63]. A diferencia de los mecanismos de regulación tradicional, otorgan flexibilidad al productor para el cumplimiento de una meta a través de incentivos económicos directos. Los instrumentos económicos que sirven para la implementación de la REP son:

[58] SACHS (2006), p. 80. En efecto, el autor señala que la visión de la REP como un instrumento de mercado es exagerada. Para el autor, las medidas de la REP que no son de mercado sino que de comando y control tienen un mayor impacto que los mecanismos basados en el mercado.

[59] Lindhvist *et al.* (2008), p. 18.

[60] Véase Rossem *et al.* (2006), p. 3 y Walls (2006), p. 6.

[61] OCDE (2001), p. 39.

[62] Fullerton y Raub (2004), p. 55.

[63] Palmer y Walls (2002), p. 30.

Actualidad Juridica 36.indd 326 01-09-17 11:59

el sistema de depósito y reembolso, la tarifa de disposición anticipada y los impuestos o subsidios[64].

El *sistema de depósito y reembolso* consiste, tal como su nombre lo indica, en un pago que hace el consumidor al momento de comprar un producto sujeto a la REP y que es total o parcialmente devuelto al momento de retornar el producto, ya como residuo, al lugar especialmente habilitado para esos efectos[65]. Los lugares que reciben los residuos de los productos prioritarios son los comercializadores o distribuidores de dichos productos, y disponen de lugares especiales para el depósito de los residuos, los que luego son enviados al productor o sistema de gestión.

La *tarifa de disposición avanzada* es una tarifa impuesta en determinados productos considerando sus costos de recolección y valorización[66]. Esta tarifa es recolectada, en la mayoría de los casos, por los productores, ya sea que se organicen individual o colectivamente, dependiendo de cómo se organiza en cada país. El empleo de este instrumento por sí mismo no es, de acuerdo con la OCDE, considerado un instrumento REP, ya que el consumidor paga un costo por el manejo de los residuos posterior a la vida útil del producto. Para que ello sea así, es necesario que se determine alguna responsabilidad en el productor, como puede ser la organización física o financiera del sistema[67]. Esta responsabilidad física se logra organizando una estructura de recolección, ya sea en forma individual o colectiva.

Existen diversos i*mpuestos* que se pueden establecer como instrumentos de la REP. Se pueden establecer impuestos sobre determinadas materias primas o sobre materiales que son contaminantes o peligrosos para desincentivar su uso en el proceso de fabricación del producto[68].

Finalmente, existe una combinación de *impuestos y subsidios*, en virtud de la cual se cobra un impuesto a determinados productos, tal como el caso anterior, y lo recaudado es utilizado como un subsidio para el manejo de residuos domiciliarios[69].

c) Estándares de desempeño

Otro de los instrumentos de la REP es la fijación de un contenido mínimo de reciclaje. Este mandato requiere que los productores usen un porcentaje mínimo de material reciclado para la fabricación de sus productos[70].

Todos los instrumentos anteriormente explicados pueden combinarse de diversas formas dependiendo el objetivo que se quiera lograr.

[64] OCDE (2016), p. 41.
[65] OCDE (2001), p. 42.
[66] Walls (2006), p. 3.
[67] OECD (2001), p. 43.
[68] *Ibid*.
[69] O*p. cit.*, p. 44.
[70] Fullerton (2004), p. 55.

Actualidad Juridica 36.indd 327 01-09-17 11:59

Para el logro de un manejo más eficiente de las materias primas, el énfasis debe concentrarse en los recursos en la fase de fabricación del producto, y será más conveniente para esos efectos fijar impuestos en algunos productos, devolución de productos y una combinación de impuestos y subsidios así como requisitos de material reciclado como componentes de productos[71].

Para lograr que los productos sean diseñados de una manera sostenible con el ambiente, la REP se debe concentrar en productos específicos que presentan problemas en la etapa posconsumo, y será más conveniente para esos efectos la tarifa de disposición anticipada, devolución de productos y fijación de estándares de contenido reciclado[72].

Si lo que se busca es un manejo de los residuos que disminuya los residuos que terminan en disposición final, los instrumentos recomendados son el depósito y reembolso, devolución del producto, combinación de impuestos y subsidios y tarifa de disposición anticipada[73].

III. Ley Nº 20.920 y la instauración de la REP en Chile: un cambio de paradigma en el manejo de residuos en Chile

A) Introducción

Chile ha implementado la responsabilidad extendida del productor a través de la ley Nº 20.920 marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje. Aunque esta ley ha alcanzado gran notoriedad a consecuencia de la instauración de la REP, no se limita a aquello, comprendiendo, dentro de su regulación, tanto otros instrumentos de gestión ambiental como reglas relacionadas con el manejo de residuos y al movimiento transfronterizo de los mismos.

Con todo, no es, ni pretende ser, una ley general de residuos. No deroga la actual normativa de manejo de residuos, no altera sustancialmente las atribuciones municipales[74], ni modifica disposiciones, otrora consideradas neta-

[71] OCDE (2001), p. 39.

[72] *Op. cit.*, p. 40.

[73] *Ibid.*

[74] En este punto es destacable la regla contenida en el artículo 30 "La función privativa de aseo y ornato de las municipalidades no podrá ser invocada para impedir el manejo de los residuos de productos prioritarios por parte de los sistemas de gestión". Si bien, como se ha dicho, la ley no reforma sustancialmente la legislación vigente al momento de su promulgación, encuentra aquí una de sus principales modificaciones que, aun cuando no ha sido acompañada por un artículo especial en el Título VII tiene, a juicio de los autores, la jerarquía de modificar en dicho punto la Ley Orgánica de Municipalidades, la que, en consecuencia, debe ser leída en ar-

Actualidad Juridica 36.indd 328 01-09-17 11:59

mente sanitarias, que bien podrían plantearse hoy desde la perspectiva ambiental. En consecuencia, mantiene las normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico[75].

La ley se organiza en cinco partes. La primera de ellas, desde el artículo 1 hasta el 8, consagra las normas generales para la gestión de los residuos. La segunda, desde el artículo 9 al 28, establece la responsabilidad extendida del productor. La tercera, extendida entre los artículos 29 al 36, consagra los instrumentos de apoyo a la responsabilidad extendida del productor. El título cuarto, establece el sistema de información, y, a continuación, el título quinto, que alcanza hasta el artículo 41, dando cuenta del régimen sancionatorio sumado a dos artículos adicionales, uno abocado a la llamada responsabilidad objetiva por manejo de residuos peligrosos y el delito de tráfico de residuos peligrosos, que, aunque no fueron conceptualizados como parte del trazado original planteado por el Ejecutivo, se sumaron durante la discusión en Sala, acaecida en el segundo trámite constitucional. Al cierre, se incorporan dos artículos destinados a modificar otros cuerpos legales, que dan adecuada cuenta del escaso ánimo reformador contenido en la ley.

El propio mensaje nos permite verificar que pese a que la ley Nº 20.920 establece varios instrumentos de gestión ambiental, es la REP el instrumento más destacable de todos ellos[76]. En el presente capítulo nos enfocaremos en la responsabilidad extendida del productor y sus implicancias.

B) Cómo funciona la REP en Chile: objeto, principios y funcionamiento

1. Objeto

La ley esteblece como su objetivo principal evitar la generación de residuos y fomentar la reutilización, reciclaje y otras formas de valorización de los residuos[77], consagrando principios como la responsabilidad "de la cuna a la tum-

monía con esta regla. Así, es dable decir que la función privativa de aseo y ornato no se extiende a los residuos de productos prioritarios, si aquellos deben ser entregados por los consumidores a un sistema de gestión, de forma tal que la recolección de dichos residuos es de obligación de los productores y no del Municipio, lo que no implica que este no deba, de un modo general, hacerse cargo de un modo general del aseo y ornato de su territorio. El análisis de esta cuestión podrá ser planteado en un futuro artículo, puesto que excede los límites del presente trabajo.

En todo caso, debe notarse que la regla contenida en el inciso final del artículo 30 fue votada con quórum calificado en reconocimiento de la modificación que ella traía aparejada.

[75] A modo de ejemplo, la ley Nº 20.920 no deroga el decreto supremo Nº 189 de 2008, del Ministerio de Salud, que Aprueba Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y de Seguridad Básicas en los Rellenos Sanitarios, ni el decreto supremo Nº 148 de 2003, del Ministerio de Salud, que aprueba Reglamento Sanitario sobre Manejo de Residuos Peligrosos, por señalar algunos.

[76] *Historia de la Ley* Nº 20.920, de fecha 14 de agosto de 2013, mensaje presidencial.

[77] *Op. cit.*, p. 9.

Actualidad Juridica 36.indd 329 01-09-17 11:59

ba" y "quien contamina paga" y favoreciendo una económica circular que es capaz de integrar nuevamente en la cadena productiva aquello que sin la REP sería solamente un residuo. Consecuencia de lo anterior es la protección del ambiente y la salud de las personas.

2. Principio del que contamina paga

La ley establece una serie de principios, cuya explicación en sí amerita un desarrollo extenso, pero atendiendo el alcance del trabajo nos limitaremos a explicar únicamente el principio del que contamina paga.

Nuestra legislación entiende, tal como vimos en el capítulo II.A, que el mercado ha fallado en incorporar el costo social de la contaminación y hace responsable al productor de hacerse cargo de los productos una vez que hayan terminado su vida útil[78]. Siguiendo la línea de las recomendaciones de la OCDE para el manejo de residuos, la ley consagra, como se ha hecho en el Derecho Comparado[79], el principio de "el que contamina paga", en virtud del cual hace responsable de los residuos a quien los genera y de internalizar los costos y externalidades negativas[80].

La ley N° 20.920 señala que el principio de "el que contamina paga" se expresa en que "el generador de un residuo es responsable de éste, así como de internalizar los costos y las externalidades negativas asociados a su manejo"[81]. Con ello estaría aislando al productor de esta responsabilidad, ya que no podría entenderse que es él "el generador de un residuo" concepto definido de acuerdo con el artículo 3 como el "poseedor de un producto, sustancia u objeto que lo desecha o tiene la obligación de desecharlo de acuerdo con la normativa vigente"[82].

Sin embargo, estimamos que dicha conclusión es parcialmente errónea. Si bien no cabe duda que el generador del residuo es quien contamina y es por consiguiente quien paga[83], es igualmente cierto que es también el productor quien contamina al introducir un producto cuyo uso tiene como consecuencia la generación de un residuo. Asimismo, fortalece el argumento de

[78] *Historia de la Ley* N° 20.920, mensaje presidencial.

[79] Directiva 2008/98/CE, ha consagrado en el considerando N° 26 este principio al señalar: "El principio de quien contamina paga es un principio rector a escala europea e internacional. El productor de los residuos y el poseedor de los residuos debe gestionarlos de forma que garantice un alto nivel de protección del medio ambiente y de la salud humana".

[80] Ley N° 20.920, art. 2 a).

[81] En este caso nuestra ley opta por enfoque diferente a la directiva 2008/98/CE que opta por hacer responsable, en virtud el principio quien contamina paga, tanto al productor como al poseedor de los residuos.

[82] Ley N° 20.920, art. 3 N° 9.

[83] Debemos entender por contaminación la generación del residuo, y por pago, el aumento del precio que debe absorber como consecuencia de la integración del gasto del manejo del residuo del producto.

Actualidad Juridica 36.indd 330 01-09-17 11:59

que el productor también contamina el hecho de que es el productor quien selecciona los materiales de los productos, encontrándose así en una mejor posición para determinar el impacto del producto que pone en el mercado, de un modo que no puede ser obviado[84]. Si bien es cierto que el productor traslada el costo de la gestión del manejo de los residuos, puede haber escenarios económicos en los que el traspaso del gasto no es total, y por ende, termine él pagando parte del costo de la contaminación.

Por consiguiente, el principio de quien contamina paga, en nuestra legislación no mandata a una aplicación forzosa de las obligaciones de la responsabilidad extendida del productor solamente a un actor que está convocado al pago. Por el contrario, y tal como se observa en la práctica, son ambos actores quienes han generado el residuo y quienes por ende deben costear su manejo.

3. Funcionamiento

Antes de abordar en detalle las obligaciones de cada uno de los actores de la Ley, es necesario hace una breve referencia, para la mejor compresión del lector, de la lógica del funcionamiento de la REP.

La REP extiende la responsabilidad del productor a la etapa posconsumo de uno de sus productos. Esta responsabilidad se traduce normalmente en la obligación de los productores de financiar y organizar la operación del manejo de los residuos[85]. Para verificar el cumplimiento de estas obligaciones los productores deben cumplir metas de recolección y valorización[86] determinadas por el Ministerio de Medio Ambiente mediante los respectivos decretos supremos.

Las obligaciones de los productores deberán cumplirse a través de un sistema de gestión[87], que, a su vez, será el responsable ante la autoridad. Los sistemas de gestión podrán ser individuales o colectivos. Los primeros tienen como única regla la posibilidad de contratar directamente con los gestores de residuos autorizados. Los segundos, por su parte, deben proceder, como regla general, a la licitación abierta de la recolección y valorización[88]. Mientras que el individual puede no ser más que el propio productor desarrollando las labores de manejo necesarias para el cumplimiento de la ley, el colectivo instaura una estructura mucho más compleja, toda vez que deberá conformarse mediante una persona jurídica que no reparte utilidades y cuyo

[84] Davis y Wilt (1997), p. 1-1.

[85] OCDE (2016), p. 21.

[86] Lindhvist *et al.* (2008), p. 23.

[87] Constituye una excepción la obligación de informar señalada en el artículo dos transitorio, la que debe cumplir cada productor individualmente.

[88] Ver Mayers (2007), p. 117. Los sistemas de gestión tanto individuales como colectivos subcontratan el servicio de manejo de residuos a los gestores.

Actualidad Juridica 36.indd 331 01-09-17 11:59

único objeto es el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la REP. Con todo, ambos sistemas comparten, como elemento determinante, la necesidad de presentar un plan de gestión que "garantice de forma razonable su eficacia"[89] para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la ley.

Para que el sistema funcione no solo ha sido necesario identificar con precisión a un productor, sus obligaciones y los modos para darle cumplimiento sino, también, la ley ha considerado integrar a otros actores –distintos del productor y el generador– como agentes útiles al cumplimiento del objeto de la REP. De esta forma, los distribuidores y comercializadores de residuos de productos prioritarios se encuentran obligados a recibir los residuos de productos prioritarios por parte de los consumidores, si así lo determina el respectivo decreto supremo, para lo cual deberán convenir con un sistema de gestión la operación de una instalación de recepción y almacenamiento de residuos.

En el siguiente apartado identificaremos a los principales actores y sus obligaciones, concentrándonos en tres actores fundamentales: los productores, los sistemas de gestión y los gestores.

C) *Actores de la ley*

1. El productor de productos prioritarios

a) Los productos prioritarios

El artículo 9 de la ley hace responsable a los productores de ciertos productos –llamados prioritarios– de la gestión de los residuos. La ley consagra:

> "La responsabilidad extendida del productor corresponde a un régimen especial de gestión de residuos, conforme al cual los productores de productos prioritarios son responsables de la organización y financiamiento de la gestión de los residuos de los productos prioritarios que comercialicen en el país[90].

Antes de definir qué se entiende por productor bajo nuestra ley es necesario definir que no todos los productos están sujetos a la REP, sino que solamente aquellos que la ley denomina como productos prioritarios. Para nuestra ley, producto prioritario es "aquella sustancia u objeto que una vez transformado en residuo queda sujeto a las obligaciones de la responsabilidad extendida del productor"[91]. La generalidad de dicha definición se subsana acudiendo al listado de productos prioritarios identificados en el artículo 10 de la ley[92], sin perjuicio de lo cual no deberá entenderse su listado como taxati-

[89] Ley Nº 20.920, art. 26.

[90] *Op. cit.*, art. 9.

[91] *Op. cit.*, art. 3 Nº 20.

[92] Los productos prioritarios reconocidos por la ley Nº 20.920 son: aceites lubricantes, aparatos eléctricos y electrónicos, baterías, envases y embalajes, neumáticos y pilas.

Actualidad Juridica 36.indd 332 01-09-17 11:59

vo, ya que el inciso final de dicho artículo otorga la posibilidad de dictar decretos supremos con el objeto de aplicar la REP a otros productos que cumplan los criterios definidos para la creación de nuevas categorías, es decir, que el instrumento sea efectivo para la gestión del residuo, que tenga potencial de valorización, peligroso o por consideraciones de volumen[93].

Las obligaciones específicas de cada productor de un producto prioritario se manifiestan mediante la dictación de los decretos supremos de metas y obligaciones asociadas, mediante los cuales se identificaran las categorías y subcategorías de productos regidos bajo la REP, como, asimismo, los distribuidores y comercializadores que deberán convenir con un sistema de gestión la operación de una instalación de recepción y almacenamiento[94].

b) El productor de productos prioritarios

Determinar quién es el productor es uno de los elementos clave en la implementación de la REP[95]. Esta afirmación teórica en realidad tiene una importante implicancia práctica, son tantos los actores que componen la cadena de producción, que es muy relevante determinar quién es, de todos ellos, el responsable del producto.

El productor es considerado quien tiene el mayor grado de control sobre las decisiones relativas al diseño y selección de material de los productos[96]. Nuestro legislador, siguiendo este principio, determinó que los productores son aquellas personas que independiente de su técnica de comercialización[97]:

a) enajenan un producto prioritario por primera vez en el mercado nacional,
b) enajenan bajo marca propia un producto prioritario adquirido de un tercero que no es el primer distribuidor e
c) importan un producto prioritario para su propio uso profesional.

La primera hipótesis es la más tradicional, y contempla a aquellos productores que fabrican un producto o lo importan y lo introducen al mercado. Un ejemplo de lo anterior es una empresa de tecnología que importa un televisor para ser comercializado en Chile.

La segunda hipótesis contempla las llamadas marcas propias, esto es, aquellos productos realizados por un productor, pero que son comercializados por un tercero que no es el primer distribuidor. Un ejemplo de lo anterior es un supermercado que comercializa un producto elaborado por un fabricante para que sea el supermercado quien lo comercialice bajo su propio nombre. Aunque la lógica señala que es el productor el responsable, en este caso es

[93] Ley Nº 20.920, art. 10 inc. 2 y 3.
[94] *Op. cit.*, art. 10 inc. 1 y art. 33.
[95] Jacobs y Subramanian (2011), p. 86.
[96] Lindhvist (2001), p. 57.
[97] Véase Ley Nº 20.920, art. 3 Nº 21.

Actualidad Juridica 36.indd 333 01-09-17 11:59

la empresa de *retail* la que está en mejores condiciones para determinar el diseño y materiales del producto, como, asimismo, de la cadena de comercialización y distribución y es, por tanto, la que, para los efectos legales, se considera productor.

La tercera hipótesis considera a las empresas que importen directamente los productos para su uso profesional. Un ejemplo de esta hipótesis es una oficina de servicios que trae sus equipos de computación, pero que en vez de comprarlos al distribuidor autorizado en Chile, prefiere importarlos directamente al fabricante.

c) En qué consiste la responsabilidad del productor en la ley Nº 20.920

Como dijimos en el capítulo anterior, el productor está sujeto a obligaciones financieras, físicas e informativas. Analizaremos que obligaciones reconoce nuestra ley.

En relación con la responsabilidad financiera, el régimen de la responsabilidad extendida del productor en nuestro país se manifiesta principalmente en la obligación contenida en el artículo 9 de la ley. El legislador optó por declarar responsable al productor de los productos prioritarios de organizar y financiar la gestión de los residuos de los productos que comercialicen en el país[98].

La responsabilidad sobre la gestión de los residuos implica hacerse responsable, entre otras, del manejo de los residuos[99]. Por manejo de residuos debemos entender comprendidas

> "todas las acciones operativas a las que se somete un residuo, incluyendo, entre otras, recolección[100], almacenamiento[101], transporte, pretratamiento[102] y tratamiento"[103].

[98] Ley Nº 20.920, art. 9 inc. 1.

[99] *Op. cit.*, art. 3 N° 11.

[100] Operación consistente en recoger residuos, incluido su almacenamiento inicial, con el objetivo de transportarlos a una instalación de almacenamiento, una instalación de valorización o de eliminación, según corresponda. La recolección de residuos separados en origen se denomina diferenciada o selectiva. Véase, *op. cit.*, art. 3 N° 24.

[101] Acumulación de residuos en un lugar específico por un tiempo determinado. Véase *op. cit.*, art. 3 N° 1.

[102] Operaciones físicas preparatorias o previas a la valorización o eliminación, tales como separación, desembalaje, corte, trituración, compactación, mezclado, lavado y empaque, entre otros, destinadas a reducir su volumen, facilitar su manipulación o potenciar su valorización. Véase *op. cit.*, art. 3 N° 19.

[103] Operaciones de valorización y eliminación de residuos. Véase *op. cit.*, art. 3 N° 30. A su vez valorización es el conjunto de acciones cuyo objetivo es recuperar un residuo, uno o varios de los materiales que lo componen y, o el poder calorífico de los mismos. La valorización comprende la preparación para la reutilización, el reciclaje y la valorización energética. Véase *op. cit.*, art. 3 N° 30.

Actualidad Juridica 36.indd 334 01-09-17 11:59

De esta forma, nuestra ley hace responsable a un productor por todas las etapas posteriores a las que se somete un producto una vez convertido en residuo, desde la recolección hasta su tratamiento. Analizaremos brevemente cada uno de esos elementos para entender la magnitud de la obligación de la REP.

La responsabilidad financiera se específica en la letra b) del mismo artículo, toda vez que enuncia que la organización y financiamiento del productor debe recaer sobre la recolección y valorización de los productos prioritarios en todo el territorio nacional[104]. Pese a que la ley fue publicada el día 1 de junio de 2016, esta obligación solo comenzará a regir cuando se dicte el decreto supremo respectivo que establezca metas y otras obligaciones asociadas.

En relación con la responsabilidad física, el productor es responsable de cumplir con las metas y otras obligaciones asociadas en los plazos, proporción y condiciones establecidas en el decreto supremo que fije las metas y otras obligaciones asociadas[105]. Pese a que el productor debe cumplir con financiar el costo de la recolección de todos los productos que comercialice en el país, se fijan metas de cumplimiento de recolección y valorización para que el Ministerio del Medio Ambiente pueda verificar el cumplimiento de la obligación de los productores. Ligada con la anterior, el productor es el responsable en nuestra ley de verificar que la gestión de residuos se haga por gestores de residuos autorizados y registrados[106].

En relación con la responsabilidad de informar, el productor debe inscribirse en el Registro de Transferencia y Emisiones de Contaminantes (RETC)[107]. Este registro da certeza respecto de quienes son los productores de productos prioritarios y permite que declaren información relevante para el funcionamiento del sistema. Un ejemplo de este deber se concreta en el artículo segundo transitorio, en virtud del cual se obliga a los productores a entregar información de manera anual hasta la entrada en vigencia del respectivo decreto supremo[108].

---

[104] Ley Nº 20.920, art. 9 b).

[105] *Op. cit.*, art. 9 c).

[106] *Op. cit.*, art. 9 d).

[107] *Op. cit.*, art. 9 a).

[108] La obligación de entrega de información definida en este artículo procede hasta que entren en vigencia los decretos supremos de metas y obligaciones asociadas. La información que deben entregar los productores es la siguiente:

a) Cantidad de productos prioritarios comercializados en el país durante el año inmediatamente anterior.
b) Actividades de recolección, valorización y eliminación realizadas en igual periodo y su costo.
c) Cantidad de residuos recolectados, valorizados y eliminados en dicho lapso.
d) Indicación de si la gestión para las actividades de recolección y valorización es individual o colectiva.

Actualidad Juridica 36.indd 335 01-09-17 11:59

2. Sistemas de gestión

a) ¿Qué es y qué hacen los sistemas de gestión?
Cuestiones comunes a los sistemas de gestión individual y colectivo

Dependiendo del grado de colaboración entre los productores, ellos pueden cumplir sus obligaciones de manera individual o colectiva. Un productor se hace responsable individualmente, cuando se hace cargo únicamente de sus productos al fin de su vida útil. *A contrario sensu*, lo hace colectivamente cuando los productores (de un mismo grupo de productos) se hacen cargo de manera colectiva de sus productos sin necesidad de distribuir el cumplimiento identificando lo recolectado y valorizado con aquello que cada productor pone en el mercado[109]. De esta forma, a diferencia del sistema individual donde el productor deberá procurar recolectar y valorizar aquellos productos que él mismo pone en el mercado sin que la materialidad de los mismos sea fungible con la de los productos prioritarios de otro productor, en el colectivo se recolecta y valoriza sin atender a lo anterior y, en consecuencia, si se han recolectado más residuos de uno u otro miembro es irrelevante a efectos del cumplimiento de las obligaciones.

Independiente de que los productores cumplan su obligación de manera individual o colectiva, nuestra ley ordena que lo hagan siempre a través de un sistema de gestión[110]. De esta forma, el sistema de gestión es un esquema de cumplimiento de las obligaciones que la REP asigna al productor de productos prioritarios.

Sin importar que el sistema sea individual o colectivo, debe cumplir con las metas de recolección y valorización fijadas por el Ministerio del Medio Ambiente. Debe recolectar residuos de productos prioritarios en una cantidad que le permita cumplir las obligaciones combinadas de cada productor, en el caso de los colectivos o del productor, en el caso del sistema individual[111].

El sistema de gestión constituye un cambio radical en el manejo de los residuos en Chile. Si bien han sido históricamente los municipios los que en virtud de la obligación privativa de aseo y ornato se han ocupado de la recolección y disposición final de los residuos, especialmente los domiciliarios, los privados han tenido obligaciones menores, vinculadas a la información y manejo adecuado, mas no a la prevención de la generación, ni menos al cumplimiento de metas de recolección y valorización. Lo anterior impacta con fuerza en el territorio municipal, especialmente si de residuos domiciliarios se trata, puesto que sobre ellos la ley ha otorgado al sistema de gestión la res ponsabilidad de la recolección sustrayéndola de los municipios, como da cuenta la ley señalando:

[109] Van Rossem; Tojo y Lindvhist (2006), p. 3.
[110] Ley Nº 20.920, art. 19.
[111] Véase *op. cit.*, arts 12 y 26 letra e).

Actualidad Juridica 36.indd 336 01-09-17 11:59

"la función privativa de aseo y ornato de las municipalidades no podrá ser invocada para impedir el manejo de residuos de los productos prioritarios por parte de los sistemas de gestión"[112].

A continuación, analizaremos brevemente las diferencias entre uno y otro sistema.

b) El sistema individual de gestión

La responsabilidad individual implica responsabilidades tanto financieras como físicas. La responsabilidad financiera implica el financiamiento del manejo de sus productos luego del fin de vida de los mismos[113]. La responsabilidad física implica que se hace una distinción de los productos en relación con la marca, y que el productor tiene el control de las decisiones del destino de los residuos de sus productos y algún grado de participación en la operación aguas abajo[114]. La responsabilidad física es una manifestación de lo que Lidgren y Skogh han llamado una firma integrada, esto es, cuando una misma empresa controla el proceso de producción, distribución y reciclaje u otra forma de valorización del producto[115].

La ley define cuáles son las obligaciones que tiene un sistema individual de gestión[116]. Primero, debe celebrar los convenios con gestores de residuos autorizados y registrados para llevar a cabo sus obligaciones de financiar y organizar el manejo de los residuos. Podrán contratar directamente con el gestor de residuos sin que sea necesario hacer un proceso de licitación abierta[117], a diferencia de lo que ocurre con el sistema de gestión colectivo.

Asimismo, debe entregar los informes de avance o finales sobre el cumplimiento de metas y otras obligaciones asociadas. Dicho informe deberá contener, al menos, información sobre la cantidad de productos prioritarios comercializados por los productores que integren el sistema de gestión, una descripción de las actividades realizadas, el costo de la gestión de los residuos, el cumplimiento de metas de recolección, así como las obligaciones asociadas, si corresponde[118].

Por último, el sistema de gestión deberá proporcionar al Ministerio y a la Superintendencia toda la información que le sea requerida por estos.

En caso de incumplimiento de las obligaciones de la ley que se asignan al sistema de gestión individual, será este quien es directamente responsable y será sancionable por infracción grave de acuerdo al artículo 39 de la ley.

---

[112] Ley Nº 20.920, art. 30.

[113] Rotter, Chancerel y Schill (2001), p. 932.

[114] Van Rossem *et al.* (2006), p. 3.

[115] Lidgren y Skogh (1996), pp. 171-172.

[116] Las obligaciones principales del sistema de gestión están contenidas en el artículo 22 de la ley Nº 20.920.

[117] Ley Nº 20.920, art. 21.

[118] *Op. cit.*, art. 22 c).

Actualidad Juridica 36.indd 337 01-09-17 11:59

Queda fuera de la extensión de este trabajo profundizar en las conveniencias o problemas de adoptar por el sistema de gestión individual. Sin embargo, se puede adelantar que una de las ventajas es que incentiva a los productores a diseñar los productos con materiales que sean más simples y económicos de reciclar[119]. Como el sistema de gestión individual se hace cargo únicamente de sus productos hay un incentivo a hacer un diseño más eficiente. Como contrapartida, el sistema de gestión colectivo genera economías de escala y de densidad y reduce el costo de los participantes, argumentos que explican que sea este el método preferido por los productores para el cumplimiento de sus obligaciones[120].

c) El sistema colectivo de gestión

El sistema de gestión colectivo es un mecanismo de cumplimiento que como regla general se compone exclusivamente por productores[121]. En él, un grupo de productores conviene en hacerse cargo de todos sus productos sin importar qué producto es de que productor.

Cada productor que participe de un sistema colectivo de gestión deberá pagar una cuota que permita financiar los costos del sistema de gestión para llevar acabo sus obligaciones de recolección y valorización. Los criterios para establecer esa cuota serán objetivos y considerarán elementos tales como la cantidad de productos comercializados en el país y la composición o diseño de esos productos[122]. La cuota que cada productor pague al sistema de gestión permitirá pagar diversos costos tales como los de manejo y administración del sistema de gestión, el cumplimiento de las obligaciones de la REP, incluyendo en ellas los convenios con los gestores de residuos y los pagos necesarios para ello, los gastos de publicidad y educación ambiental para concientizar a la población, entre otros.

Las obligaciones del sistema colectivo de gestión son las mismas que las ya señaladas para el sistema individual de gestión, con algunas diferencias. Primero, la ley ordena al sistema colectivo de gestión constituir y mantener vigente fianza, seguro u otra garantía para asegurar el cumplimiento de las metas y otras obligaciones asociadas establecidas en el decreto supremo respetivo[123]. Segundo, en relación con el informe de avance o final que deben entregar los sistemas de gestión, el sistema colectivo deberá, además, indicar la tarifa correspondiente al costo de la gestión de residuos y forma de cálculo[124].

---

[119] Dempsey *et al.* (2010), p. 13.

[120] OCDE (2016), p. 28.

[121] El Ministerio del Medio Ambiente podrá establecer que otros actores participen distribuidores u otros actores relevantes del sistema de gestión. Véase ley Nº 209.20 art. 20 inc. 2. Esto podría, incluso, permitir, como ocurre en el Derecho Comparado, que se integren representantes del Ministerio del Medio Ambiente al directorio del sistema de gestión.

[122] Ley Nº 20.920, art. 20, inc. 5.

[123] *Op. cit.*, art. 22 letra a).

[124] *Op. cit.*, art. 22 letra c).

Actualidad Juridica 36.indd 338 01-09-17 11:59

El sistema de gestión colectivo se encuentra más regulado en nuestro sistema que el sistema individual. La razón, aunque no se encuentra explicitada en la ley, es la preocupación del legislador de que el sistema de gestión colectivo opere como una instancia que ponga en riesgo la competencia[125]. Los problemas que pueden presentarse son[126]:

i) que la obligación de la responsabilidad extendida del productor se utilice como una barrera para impedir que un actor entre al mercado del producto;

ii) que los productores puedan usar esta instancia de cooperación para coludirse en el mercado del producto;

iii) que los productores aumenten artificialmente el costo del cumplimiento de las obligaciones de la REP a los consumidores y

iv) que los productores suscriban contratos con gestores que favorezcan a algunos miembros del sistema colectivo en desmedro de otros.

Para reducir la probabilidad de ocurrencia de dichos escenarios es que la ley toma una serie de resguardos para que el sistema de gestión colectivo no solo no altere las normas de libre competencia sino que cumpla con sus deberes de organizar y financiar la gestión de los residuos. Algunas de esas reglas las veremos a continuación.

El primer resguardo es la naturaleza jurídica del sistema colectivo de gestión. De acuerdo con el artículo 20, el sistema colectivo de gestión debe ser una persona jurídica que no distribuya utilidades entre sus asociados y con fin exclusivo para la gestión de residuos[127].

Para evitar los riesgos de la competencia asociados a las barreras de entrada es que la ley consagra la obligación de los sistemas colectivos de contener en sus estatutos reglas que garanticen que cualquier productor del producto prioritario se pueda incorporar al sistema de gestión[128]. Para asegurar lo anterior el sistema de gestión deberá presentarlos estatutos al Tribunal de De-

[125] Fiscalía Nacional Económica de Chile (2011), p. 11. Según el documento, algunas de las prácticas anticompetitivas que pueden ocurrir de la coordinación de los productores son la fijación de precios actuales o futuros de venta o compra, la determinación de condiciones de comercialización, la limitación de volúmenes de producción, la asignación de zonas o cuotas de mercado, la exclusión de competidores, o la afectación del resultado de procesos de licitación.

[126] OCDE (2016), p. 118.

[127] El Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, a través del acuerdo N° 5 el día 14 de marzo de 2017, se pronunció favorablemente sobre el Reglamento de la ley Nº 20.920, que establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje. En dicho reglamento, el artículo 39 señala que los sistemas de gestión colectivo se podrán organizar como sociedades anónimas, sociedades por acciones y sociedades de responsabilidad limitada, que en ellas se acuerde, mediante escritura pública, no distribuir utilidades. También se podrán constituir como asociaciones o corporaciones de Derecho Privado y asociaciones gremiales. Cabe precisar que a la fecha de recepción de este artículo, el reglamento no se encontraba tomado de razón por la Contraloría General de la República.

[128] Ley Nº 20.920, art. 20 inc. 4.

Actualidad Juridica 36.indd 339 01-09-17 11:59

fensa de la Libre Competencia para que este emita un informe que declare que las reglas de incorporación de nuevos productores al sistema de gestión, no contienen hechos, actos o convenciones que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, de conformidad a lo señalado por el artículo 26 letra c).

De la misma manera, el legislador ha determinado que el sistema de gestión colectivo debe hacer una licitación abierta para el servicio de manejo de residuos, avanzando, además, a prohibir que los servicios de recolección y valorización se liciten conjuntamente[129], limitando la duración de los primeros a un máximo de cinco años y estableciendo que en todo caso las bases de licitación deben contar con un informe favorable del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que verifique que en ellas no existen reglas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia[130]. Así, se pretende evitar que a través de la licitación se prefiera a un actor por sobre otro de manera injustificada.

Las reglas de licitación son una de las diferencias más sustanciales entre el sistema individual de gestión y el sistema colectivo. Mientras que el primero puede contratar directamente, la ley obliga al segundo a realizar una licitación abierta mediante el cual el sistema de gestión colectivo hace un llamado público a los gestores interesados en ofrecer el servicio de manejo de los residuos[131]. Estas bases, al igual que el proceso de incorporación de nuevos productores, deberán ser aprobadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, verificando que en ellas no existen reglas que impidan, restrinjan, o entorpezcan la libre competencia[132].

d) Autorización del sistema de gestión: El plan de gestión

Un elemento de gran relevancia para el funcionamiento de la responsabilidad extendida del productor en nuestro país es el plan de gestión. El plan de gestión es la forma en que los sistemas de gestión dan cumplimiento a las obli-

[129] Esta distinción no es trivial y se basa en un criterio económico. Como en Chile no hay suficiente infraestructura de tratamiento para todos los productos prioritarios, no era conveniente fijar un plazo corto de contratos. Debido a la gran inversión necesaria para crear la capacidad instalada de tratamiento se optó por establecer un régimen de contrato flexible para darle seguridad a los inversionistas del retorno de su inversión. De esta forma, los sistemas de gestión podrán suscribir contratos para la valorización de sus residuos por el plazo que estimen conveniente. Véase OCDE (2001), p. 34.

[130] Ley Nº 20.920, art. 24, inc. 4.

[131] *Op. cit.*, art. 24, inc. 2. Excepciones a esta regla general lo constituyen los siguientes casos: (a) Cuando el sistema de gestión solicite al Ministerio que lo exceptúe de realizar licitaciones fundadas, como en ausencia de interesados, emergencia, urgencia o imprevisto, véase artículo 24, inc. 5 y (b) Cuando se trate de la contratación de recicladores de base, véase artículo 24, inc. 5.

[132] *Op. cit.*, art. 24, inc. 4.

Actualidad Juridica 36.indd 340 01-09-17 11:59

gaciones del sistema de gestión o, dicho de otra forma, es la hoja de ruta del cumplimiento de las obligaciones de dicho actor.

El plan de gestión no solamente es la puesta en práctica de las obligaciones del sistema de gestión, sino que sirve de requisito para la aprobación del sistema de gestión por parte del Ministerio del Medio Ambiente. Es por eso que el artículo 26 de la ley señala que los sistemas de gestión serán aprobados por el Ministerio, para lo cual deberán presentar un plan de gestión[133]. Aunque el contenido del plan de gestión está expresamente señalado en el artículo 26, nos concentraremos únicamente en tres literales, el d), e) y f).

Sin embargo, es importante señalar que el plan de gestión es la herramienta que tiene el Ministerio, *ex ante*, para verificar si la planificación del sistema de gestión permite el cumplimiento de las metas de recolección y valorización como, asimismo, de las obligaciones asociadas de los productores.

Uno de los contenidos de mayor relevancia es, sin duda, la estimación anual de los productos que los productores comercializan en el país, con la indicación del promedio de vida útil y estimación de los residuos a generar[134]. Esta información contrastada con la información que dichos productores ha yan informado al RETC mediante el requerimiento del artículo segundo transitorio servirá al Ministerio para determinar la línea base, es decir, la cantidad total de productos prioritarios colocados en el mercado sobre los cuales se fijara la meta.

De la misma forma, es relevante determinar la estrategia para cumplir las metas y demás obligaciones asociadas[135]. Eso incluye la precisión del sistema de gestión de los mecanismos que optará para recolectar los residuos[136].

Asimismo, el plan de gestión debe contener el mecanismo de financiamiento de las operaciones de gestión y copia de la garantía[137]. Esto implica que el sistema de gestión estime el costo de operación del sistema, incluyendo los costos de operación del plan en el país y no solamente en aquellas zonas en que es más rentable la recolección, esto de conformidad con los criterios geográficos, demográficos y de conectividad que puede emplear el Ministerio para la fijación de las metas.

3. Los gestores de residuos

Los productores se organizan a través de un sistema de gestión, individual o colectivo, el que, a su vez, contrata con un gestor de residuos para el manejo de los residuos derivados de los productos prioritarios. Así, los gestores pueden

[133] Ley Nº 20.920, art. 26, inc. 1.

[134] *Op. cit.*, letra d).

[135] *Op. cit.*, letra e).

[136] Los residuos pueden recolectarse a través de recolección domiciliaria, de instalaciones de recepción o almacenamiento, ya sean privadas o municipales, o a través de puntos de recolección en los centros de distribución o comercialización, tal como lo señala el artículo 34 de la ley.

[137] Ley Nº 20.920, art. 26, letra f).

Actualidad Juridica 36.indd 341 01-09-17 11:59

ser considerados como el brazo operacional de la REP[138], ya que son quienes realizan la recolección, almacenamiento, transporte, pretratamiento y tratamiento de los residuos de los productos prioritarios.

Para nuestra ley, los gestores de residuos, son aquellas personas naturales o jurídicas que realizan cualesquiera de las acciones de manejo de residuos y que se encuentran autorizadas y registradas de conformidad con la normativa vigente[139]. ¿Quiénes son los gestores? y ¿qué significa encontrase autorizado y registrados?, son preguntas que responderemos a continuación.

Aunque la ley no es explícita en señalarlo, se desprende que los gestores de residuos son las empresas de manejo de residuos, las municipalidades y los recicladores de base.

Si bien es cierto que no hay disposiciones especiales para las empresas de manejo de residuos –como si las hay para los recicladores de base y municipalidades– estos actores se rigen por las normas generales contenidas en la ley. Es decir, deben estar registrados y autorizados, como se explicará más adelante, y deben reportar, a través del RETC, el tipo, cantidad, costos, tarifa del servicio, origen, tratamiento y destino de los residuos. Aunque no es un deber, ellos pueden convenir directamente con sistemas individuales de gestión o participar en las licitaciones de un sistema colectivo de gestión para adjudicarse el manejo de los residuos.

Las municipalidades y asociaciones de municipalidades también pueden ser gestores de residuos. La lógica que trasciende a este actor es que este ya cuenta con la capacidad para gestionar los residuos en el ámbito comunal y puede ser un sistema costo efectivo de manejo de residuos[140]. Este actor podrá realizar todas las acciones de manejo que realiza la ley, dejando abierta la posibilidad de que realice, incluso, otras acciones que faciliten la acción implementación de las comunas[141]. No es necesario que la municipalidad ejecute directamente el manejo de los residuos. Pueden ejecutar dichos convenios a través de terceros[142], es decir, podrá subcontratar a otro gestor de residuos, como una empresa privada o recicladores de base, caso en el cual deberá regirse por las mismas normas que le aplican a un sistema de gestión colectivo que pretende licitar.

Los recicladores de base[143] constituyen una innovación en relación con la integración de un actor que ha sido tradicionalmente ignorado por el Dere-

[138] Kunz *et al.* (2014), p. 17.

[139] Ley Nº 20.920, art. 3 N° 10.

[140] Kunza (2014), p. 17.

[141] Ley Nº 20.920, artículo 25, inc. 1.

[142] *Op. cit.*, artículo 25, inc. 2.

[143] Los recicladores de base fueron conocidos con otros nombres en diferentes épocas: hasta 1900 fueron conocidos como hueseros o traperos, entre 1900 y 1970, como chaterreros o botelleros; desde 1971 hasta 1991, como cartoneros; entre 1991 y 2005, como recolectores de base; y desde el año 2005, como recicladores de base. Véase *Historia de la Ley* Nº 20.920, segundo trámite constitucional, 15.

Actualidad Juridica 36.indd 342 01-09-17 11:59

cho Comparado. Mientras en otros países de la OCDE han sido considerados como una interferencia al funcionamiento normal del sistema[144] en Chile se ha considerado como actores clave del sistema. Por una parte se ha establecido como principio rector de la ley la inclusión de los recicladores de base en la gestión de los residuos, incluyendo la posibilidad de ser contratado por los sistemas de gestión[145]. Por otra, el reciclador de base goza de ciertos beneficios en la ley: deben recibir gratuitamente las bases de licitación, pueden ser objeto de contratación directa incluso por los sistemas de gestión[146] y constituyen un criterio para la consideración de entrega de fondos en el Fondo para el reciclaje[147].

Los gestores ya individualizados, por expresa mención de la ley, deben encontrarse autorizados y registrados[148]. La referencia que hace la ley a gestores "autorizados", implica obtener todas las autorizaciones sanitarias y ambientales respectivas.

En relación con las autorizaciones sanitarias, todo gestor deberá contar con una autorización sanitaria expresa, de acuerdo con lo señalado por el DFL N° 1 de 1990, del Ministerio de Salud[149]. En relación con la autorizaciones medioambientales, cuando corresponda, se debe contar con una resolución de calificación ambiental, de acuerdo con lo señalado por el artículo 10 y siguientes de la ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el decreto supremo N° 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

La referencia que hace la ley a gestores 'registrados', implica que los gestores deberán registrarse en el Registro de Emisiones de Transferencias y Contaminantes (RETC) del Ministerio del Medio Ambiente[150].

IV. Conclusión

La ley Nº 20.920 instaura, en nuestro país, la responsabilidad extendida del productor, un instrumento de protección ambiental que busca reducir el impacto ambiental de ciertos productos, denominados por nuestra ley, prioritarios. Este instrumento, compuesto, a su vez, por diversas medidas político-ambientales, hace responsable tanto física como financieramente al productor

[144] OCDE (2001), p. 54.

[145] Ley Nº 20.920, artículo 2 letra c).

[146] *Op. cit.*, artículo 24.

[147] *Op. cit.*, art. 31.

[148] *Op. cit.*, art. 3 N° 10.

[149] Véase N°25 del decreto con fuerza de ley N° 1 de 1990, del Ministerio de Salud que Determina Materias que Requieren Autorización Sanitaria Expresa.

[150] Ley Nº 20.920, art. 6 y 37.

Actualidad Juridica 36.indd 343 01-09-17 11:59

de dichos productos. En nuestra legislación, esa obligación se traduce en que el productor debe organizar y financiar la gestión de los residuos.

Estas obligaciones implican que un productor de productos prioritarios, en nuestro Derecho, tiene tres grandes obligaciones. Primero, es responsable por todas las etapas posteriores a las que se somete un producto una vez convertido en residuo, desde la recolección hasta su tratamiento. Segundo, es responsable de financiar el manejo de los residuos de sus productos, obligación que se traduce en asumir el costo de recolección y valorización de los produc tos que pone en el mercado. Y tercero, es responsable de cumplir con las metas de recolección y valorización que imponga el Ministerio del Medio Ambiente.

La responsabilidad extendida del productor para nuestro país constituye un doble cambio de paradigma. Por un lado, importa un cambio desde un modelo productivo y de consumo linear, donde el residuo generado termina convirtiéndose en un residuo eliminado en un relleno sanitario, a uno circular, donde algunos residuos, o parte de ellos, se consideran materia prima que puede servir para nuevos procesos productivos.

Por otro lado, cambia el régimen de responsabilidad sobre el manejo de los residuos de productos prioritarios, haciendo responsable al productor, y ya no a la municipalidad, del financiamiento y organización del manejo de dichos residuos. Con esto, la Municipalidad mantiene tiene la facultad privativa de aseo y ornato que reconoce su ley orgánica sobre todos los residuos que no provengan de productos prioritarios, no pudiendo impedir el manejo de los residuos por parte de los sistemas de gestión.

La implementación de la ley N° 20.920 marca un cambio de era en el manejo de residuos en Chile, instaurando un modelo público-privado de manejo de los residuos, donde tanto los productores como la municipalidad tienen un papel sobre el manejo de los residuos. No cabe duda que la responsabilidad extendida del productor constituye para Chile un paso gigantesco hacia el desarrollo sostenible, pero es, al mismo tiempo, un enorme desafío el de implementar una ley que no solamente busca un cambio regulatorio, sino que, también, cultural.

Bibliografía

Adapt Chile (2016): *Antecedentes del manejo y gestión de residuos en Chile* [Fecha de consulta 11 de mayo de 2017]. Disponible en https://circabc.europa.eu/sd/a/05d21118-7d52-47f9-89bd-1b7c716a1e62/Introduction%252c%20Antecedentes%20del%20Manejo%20y%20Gesti%25c3%25b3n%20de%20Residuos%20en%20Chile.pdf

Asociación Gremial de Industriales del Plástico de Chile (2016): C*hile se recicla. Impactos y desafíos de la ley marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y el fomento para el reciclaje*.

Actualidad Juridica 36.indd 344 01-09-17 11:59

Ackerman, Frank (2005): "Cost-Effective Recycling" en Clemen Rassmusen y Dorte Vigso (editores) *Rethinking the Waste Hierarchy* (Environmental Assestment Institute).

Baldwin, Robert; Cave, Martin y Lodge, Martin (2012): *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice* (Segunda Edición, Oxford, Oxford university Press).

Braathen, Nils (2004): "Adressing the Economics of Waste. An Introduction", en Organisation for Economic Co-Operation and Development: *Adressing the Economics of Waste* (OECD Publishing).

Comisión Nacional del Medio Ambiente (2005): *Política de Gestión Integral de Residuos Sólidos.*

Comisión Nacional del Medio Ambiente (2010): *Primer Reporte del Manejo de Residuos Sólidos en Chile.*

Davis, Gary y Wilt, Catherine (1997): *Extended Producer Responsibility: A New Principle for a New Generation of Pollution Prevention*, (Tennessee, University of Tennessee).

Dempsey, Mark *et al.* (2010): *A Review of Practical Approaches to Implementing Individual Producer Responsibility for the WEEE Directive* (INSEAD Social Innovation Center).

European Commission y DG Environment (2014): *Development of Guidance on Extended Producer Responsibility (EPR). Final Report.*

Fiscalía Nacional Económica de Chile (2011): *Asociaciones Gremiales y Libre Competencia* (Santiago, Material de Promoción Nº 2).

Fleckinger, Pierre y Glachant, Matthieu (2010): "The Organization of Extended Producer Responsibility in Waste Policy with Product Differentation", en 59 *Journal of Environmental Economics and Management*, Vol. N° 59.

Fullerton, Don y Raub, Amy (2004): "Economic Analysis of Solid Waste Management Policies" en Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD) *Adressing the Economics of Waste*.

Gouveia, Nelson y Ruscitto Do Prado, Rogerio (2010): "'Health Risk in Areas close to Urban Solid Waste Landfill Sites", en *Rev Saúde Pública*, Vol. 44 N° 5.

Jacobs, Brian y Subramanian, Ravi (2011): "Sharing Responsibility for Product Recovery Across the Supply Chain", en *Product and Operations Management*, Vol. 21 N°1.

Kunz, Nathan *et al.* (2014): *Extended Producer Responsibility: Stakeholder Concerns and Future Developments* (INSEAD Social Innovation Center).

Lenzen, Manfred (2017): "Shared Producer and Consumer Responsibility – Theory and Practice", en *Ecological Economics*, Vol 61 N° 27.

Lidgren, Karl and Skogh, Goran (1996): "Extended Producer Responsibility, Recycling Liability, and Guanrantee Funds" en *Geneva Papers on Risk and Insurance*, Vol. 21 N° 79.

Lifset, Reid (1993): "Take It Back: Extended Producer Responsibility as a Form of Incentive-Based Environmental Policy", en *Journal of Resource Management and Technology*, Vol 21 N° 4.

Actualidad Juridica 36.indd 345 01-09-17 11:59

Lindhvist, Thomas (2001): *Extended Producer Responsibility in Cleaner Production: Policy Principle to Promote Environment Improvements of product Systems* (Lund, The International Institute for Industrial Environmental Economics).

Lindhvist, Thomas; Manomaivibool, Panate y Tojo, Naoko (2008): *La Responsabilidad Extendida del Productor en el Contexto Latinoamericano: La Gestión de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos en Argentina* (International Institute for Industrial Environmental Economics).

Lodge, Martín; Wegrich, Kai (2012): *Managing Regulation. Regulatory Analysis, Politics and Policy* (Palgrave Macmillan).

Mankiw, Gregory (2012): *Principios de Economía* (Sexta Edición, Cengage Learning).

Maris, Elizabeth; Froelich, Daniel; Aoussat, Améziane y Naffrechoux, Emmanuel (2014): From Recycling to Eco-design", en Ernst Worrell y Markus Reuter (editores): *Handbook of Recycling. State of the Art for Practitioners, Anslyst and Scientists.* (Elsevier).

Massaruto, Antonio (2014): "The Long and Winding Road to Resource Efficiency - An Interdisciplinary Perspective on Extended Producer Responsibility", en *Resources, Conservation and Recycling*, Vol. 85 N° 11.

Mayers, Kieren (2007): "Strategic, Financial, and Design Implications of Extended Producer Responsibility in Europe. A Producer Case Study", en *Journal of Industrial Ecology*, Vol. 11 N° 3.

Mayers, Kieren y Buttler, Scott (2013): "A Producer Responsibility Organization Development and Operations. A Case Study", en *Journal of Industrial Ecology*, Vol. 17 N° 2.

Naciones Unidas (1992): *Conferencia de Río* Sobre *el Medio Ambiente y el Desarrollo*.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) (2005): *Evaluaciones del Desempeño Ambienta: Chile 2005* (CEPAL, OCDE Publicaciones).

Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2016): *Evaluaciones del Desempeño Ambiental*: Chile 2016 (Publicaciones OECD) p. 25.

Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo Económico (1992): *The Polluter Pays Principle. OECD Analyses and Recommendations,* (OECD Publishing).

Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) (2001): *Extended Producer Responsibility: A Guidance Manuel for Governments* (OECD Publishing).

Organización Económica para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) (2016): *Extended Producer Responsibility. Updated Guidance for Efficient Waste Management* (OECD Publishing).

Palmer, Karen and Walls, Margaret (2002): *The Product Stewardship Movement. Understanding Cost, Effectiveness, and the Role for Policy* (Resources for the Future).

Actualidad Juridica 36.indd 346 01-09-17 11:59

Parson, Edward and Kravitz, Eric (2013): "Market Instruments for the Sustainability Transition" en *Annual Review of Environment and Resources*, Vol 38.

Porter, Richard (2004): "Efficient Targeting of Waste Policies in the Product Chain" en Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), *Adressing the Economics of Waste*.

Rotter, Susanne; Chancerel, Perrine y Schill, Wolf Peter (2001): "Practicalities of Individual Producer Responsibility Under the Weee Directive: Experiencies in Germany" en Sussane Rotter, Perrine Chancerel and Wolf Peter Schill'' (2001) 29(9) *Waste Management & Research*, Vol. 29 N° 9.

Sachs, Noah (2006): "Planning Funeral at the Birth: Extended Producer Responsibility in the European Union and the United States", en *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 30.

Salzman, James (1997): "Sustainable Consumption and the Law", en *Environmental Law*, Vol. 27.

Taylor, Donald (2000): "Policy Incentives to Minimize Generation of Municipal Solid Waste", en *Waste Management & Reserach*, Vol. 18.

Tufet-Opi, Enrique (2002): "Life after End of Life: The Replacement of the End of Life Product Legislation by an European Integrated Policy in the EC", en *Journal of Environmental Law*, Vol. 14 N° 1.

Van Rossem, Chris; Tojo, Naoko y Lindhvist, Thomas (2006): *Extended Producer Responsibility. An Examination of Its Impact on Innovation and Greening Products* (Greenpeace International).

Van Rossem, Chris, Tojo, Naoko and Lindvhist, Thomas (2006): *Lost in Transposition. A Study of the Implementation of Individual Producer Responsibility in the Weee Directive*, (Greenpeace International).

Viscui, Kip; Harrington, Joseph y Vernon, John (2005): *Economics of Regulation and Antitrust* (Cuarta Edición, The MIT Press).

Walls, Margaret (2005): "EPR Policiy Goals and Policy Choices: What Does Economics Tell Us?, en Organsation for Economic Co-Operation and Development (OECD), *Economic Aspects of Extended Producer Responsibility*.

Walls, Margaret (2006): *Extended Producer Responsibility and Product Design, Economic Theory and Selected Case Studies* (Resources for the Future).

Normas

Ley Nº 18.255 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Ley Nº 20.920 Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje.

Decreto N° 2385 de 1996, del Ministerio del Interior, que Fija el Texto Refundido y Sistematizado del Decreto Ley N° 3.603 de 1979 Sobre Rentas Municipales.

Directiva Nº 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Sobre los Residuos y por la que se Derogan Determinadas Directivas, art. 8.

Actualidad Juridica 36.indd 347 01-09-17 11:59

Ley Nº 20.920 Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje, art. 3 Nº 21.

Historia de la Ley Nº 20.920, de fecha 14 de Agosto de 2013, mensaje presidencial

Actualidad Juridica 36.indd 348 01-09-17 11:59

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA EN LAS CONCESIONES DE ENERGÍA GEOTÉRMICA

THE RIGHT OF INDIGENOUS PEOPLES TO PRIOR CONSULTATION IN THE GEOTHERMAL ENERGY CONCESSIONS

Santiago Orpis Jouanne[*]

Resumen: A partir de la aprobación del Reglamento de General de Consulta Indígena, el Ministerio de Energía ha decidido someter a procedimientos de consulta indígena a los decretos que otorgan concesiones de explotación de energía geotérmica, a pesar de que estas normas jurídicas no cumplen con los requisitos para ser consultables. Esto obligará a que, si un proyecto de este tipo puede tener efecto sobre los pueblos indígenas, deba someterse a al menos dos procesos de consulta Indígena distintos, antes de empezar su construcción.

Palabras clave: Consulta indígena – Concesiones de energía geotérmica – Convenio OIT 169.

Abstract: Since the approval of the Regulation of the Indigenous Consultation, the Ministry of Energy has decided to submit to Indigenous Consultation processes to the Concessions of Exploitation of Geothermal Energy, although those norms do not meet the requirements to be consulted. That will force that, if a project could affect to the Indigenous Populations, must undergo at least two different Indigenous Consultation processes, before starting its construction.

[*] Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, diplomado en Recursos Naturales y Energía de la misma Universidad. Correo electrónico: sorpis@uc.cl.

Actualidad Juridica 36.indd 349 01-09-17 11:59

Key words: Indigenous Consultation – Geothermal Energy Concessions – ILO Convention 169.

* * *

Introducción

En 2009 entró en vigencia en Chile el Convenio OIT 169 (Organización Internacional del Trabajo), en virtud del cual, los gobiernos deben realizar un procedimiento de consulta indígena cada vez que una medida administrativa o legislativa sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas.

Luego de complejos procedimientos de consulta indígena sobre los mecanismos para efectuar la correspondiente de consulta indígena, el gobierno reguló este derecho de los pueblos indígenas, por una parte, a través de un procedimiento especial para los proyectos de inversión, establecido en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y, por la otra, con un reglamento general de consulta indígena, para hacer consultas respecto de todas las demás medidas administrativas o legislativas emanadas de órganos de la administración del Estado.

A pesar de los cuestionamientos que algunas comunidades indígenas todavía tienen respecto de dichos procedimientos, lo cierto es que estos instrumentos legales han mejorado sustancialmente los estándares de los procedimientos de consulta indígena aplicados en Chile respecto de sus predecesores, y, con ello, se ha disminuido la judicialización, y se han podido realizar consultas indígenas sobre temas tan importantes como el Ministerio de Pueblos Indígenas o el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

Sin embargo, en nuestra opinión, han existido materias, entre ellas, los decretos de concesión de explotación de energía geotérmica emanados a partir de una solicitud de un privado, en las que el Reglamento General de Consulta Indígena no se ha aplicado adecuadamente, debido a que, para otorgar dichos actos administrativos, el Ministerio de Energía ha efectuado procedimientos de consulta indígena, a pesar de que luego del otorgamiento de una concesión de energía geotérmica, el concesionario deba someter su proyecto a un proceso de evaluación ambiental en virtud del cual deberá ser sometido nuevamente a procedimiento de consulta indígena.

Este hecho no solo es negativo para el proyecto, debido al retraso que puede generar un proceso de consulta indígena innecesario –que puede durar más de seis meses– sino, también, para las mismas comunidades, a las que se les somete a dos procedimientos de consulta respecto del mismo proyecto, con la consecuente pérdida de tiempo y recursos, sumada a la incertidumbre de que los acuerdos a los que se llegó en la primera consulta no sean debidamente respetados en la segunda.

Lo anterior marca también un precedente negativo respecto de forma de interpretar el concepto de afectación directa establecido en el Convenio OIT

Actualidad Juridica 36.indd 350 01-09-17 11:59

169 y el Reglamento General de Consulta, haciendo consultables actos jurídicos que no debieran serlo, lo que podría traer consecuencias negativas para el desarrollo de futuros proyectos de inversión, y realización de otros actos jurídicos relacionados con los pueblos indígenas.

El Convenio OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales

El Convenio OIT 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante, El Convenio) fue adoptado por la OIT el 27 de junio de 1989[1], y entró en vigor el 5 septiembre 1991, siendo ratificado por veintidós países[2]. Chile lo ratificó el 15 de septiembre de 2008[3].

Consta de cuarenta y cuatro artículos, divididos en diez partes, y define, entre otras cosas, quienes son el objeto del Convenio, los deberes generales del Estado respecto de los pueblos indígenas, los deberes del Estado para con los pueblos indígenas en materia de tierras, condiciones laborales, de educación, seguridad social y salud de los miembros de pueblos indígenas, finalizando con un acápite sobre administración del tratado, y normas generales de aplicación.

Respecto de la forma de interpretarlo, el art. 34 del Convenio establece que la naturaleza y el alcance de las normas que se utilicen para dar efecto al Convenio se determinarán con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones de cada país.

Pero, sin duda, el artículo más importante del Convenio, para efectos del presente trabajo, es el artículo 6°, que crea el Derecho a la consulta indígena, o simplemente La consulta indígena, cuyo contenido es del siguiente tenor:

> "Artículo 6º: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
> a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
> b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que

[1] Decreto Nº 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 14 de octubre de 2008.

[2] Esta información, de acuerdo con lo señalado por la OIT en www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314 [fecha de consulta: el 26 de mayo de 2017].

[3] Decreto N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 14 de octubre de 2008.

Actualidad Juridica 36.indd 351 01-09-17 11:59

otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas".

La interpretación del Convenio OIT 169

Al efectuar una somera lectura del artículo anterior, es posible apreciar una serie de conceptos que no están definidos en el Convenio, tales como "procedimientos adecuados", "instituciones representativas", "medidas administrativas", "susceptibilidad de afectación directa", u "obtención del consentimiento", pero que, de cuyo sentido y alcance dependerá en gran parte, la forma como se aplique el Convenio en la práctica.

En virtud de lo anterior, tanto la Organización Internacional del Trabajo, como otros organismos multilaterales han ido definiendo y delimitando algunos conceptos propios del Convenio, cuya acogida, si bien no es obligatoria por parte de los países signatarios del mismo, van dando forma a una doctrina en torno al Convenio, y determinando lo que a veces se denomina, "el estándar del Convenio OIT 169".

En este sentido, el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUD) sobre los asuntos de los Pueblos Indígenas expone algunas características del consentimiento, que son los siguientes:

- "Libre: debe implicar que no hay coerción, intimidación ni manipulación;
- Previo: debe implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso con los pueblos indígenas;
- Informado: debe implicar que se suministra información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos:
  a. la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;
  b. la razón o las razones o el objeto del proyecto y/o la actividad;
  c. la duración del proyecto o la actividad;
  d. la ubicación de las áreas que se verán afectadas;

Actualidad Juridica 36.indd 352 01-09-17 11:59

e. una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución;
f. el personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas) y
g. Los procedimientos que puede entrañar el proyecto"[4].

Proceso de aprobación del Convenio OIT 169 en Chile

En Chile, el Convenio OIT 169 fue tramitado en el Congreso Nacional por alrededor de diecisiete años. Ingresó por Mensaje el 20 de diciembre de 1990, y luego de diez años en la Cámara de Diputados, fue aprobado el año 2000 por setenta y dos votos a favor, tres votos en contra y once abstenciones[5].

Luego de su aprobación, un grupo de diputados solicitó al Tribunal Constitucional declarar inconstitucional el Convenio OIT 169 por contravenir los artículos 1°, 5°, 19, números 2°, 3°, 11°, 16° y 24°, 62 a 72, 82 N° 1 y 102 de la Constitución[6].

En su respuesta, el Tribunal Constitucional[7] rechazó el requerimiento en todas sus partes. En relación con lo expuesto por los parlamentarios respecto de la inconstitucionalidad de los artículos 6° y 7° del Convenio, avaló la teoría presentada por el Presidente de la República, respecto a que en los tratados internacionales, por la forma en que sus disposiciones estaban redactadas, existían dos tipos de normas; las normas autoejecutables, de aplicación directa o *self executing* y las normas programáticas.

Las primeras, debido al carácter perentorio de la forma en que están redactadas, podían ser ejecutadas directamente, sin necesidad de otras normas complementarias, mientras que las segundas, requieren de legislación complementaria.

En relación con el artículo 6°, N° 1°, letra a), del tratado en estudio, el Tribunal Constitucional establece:

[4] Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2009), p. 30.

[5] Aprobado en sesión 39ª, del martes 11 de abril de 2000, disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5119/ [fecha de consulta: 26 de mayo de 2017].

[6] Requerimiento al Tribunal Constitucional presentado en la sesión 19ª de la legislatura 342, de fecha 6 de julio de 2000, por los diputados Gustavo Alessandri Valdés, Claudio Alvarado Andrade y otros. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5119/ [fecha de consulta: 26 de mayo de 2017].

[7] Tribunal Constitucional (2004), rol N° 309-2000.

Actualidad Juridica 36.indd 353 01-09-17 11:59

> "Que, por su parte, el artículo 6º, N° 1º, letra a), del tratado en estudio tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada como, porque, como bien lo afirma el Presidente de la República en su contestación, el artículo 22 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional regula la facultad de las comisiones –se refiere a las comisiones legislativas– para solicitar informes u oír a las personas o instituciones que estimen convenientes en el procedimiento legislativo, es un procedimiento apropiado"[8].

A mayor abundamiento, luego de la aprobación del Convenio OIT 169 en el Senado, el Tribunal Constitucional revisó nuevamente la constitucionalidad del Convenio, y, en especial del art. 6°, ratificando lo señalado en la sentencia rol 309-2000, y señalando, específicamente, que este Convenio[9] puede significar modificaciones a la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado, y Ley Orgánica Constitucional sobre Municipalidades, en cuanto a modificar la forma en que se tramitan los actos jurídicos del Congreso, la Administración del Estado y las Municipalidades, agregando la consulta indígena a ellos[10].

Así, luego de esta segunda revisión del Tribunal Constitucional, el Convenio fue ratificado por Chile ante la OIT, el 15 de septiembre de 2008, registrándolo ante del director general.

Aplicación de la consulta indígena respecto de las medidas administrativas o legislativas del gobierno.

A pesar de que el mismo Convenio establece que entrará en vigor doce meses después de su ratificación[11] –por tanto, el 15 de septiembre de 2009 en caso de Chile–, y que el mismo Tribunal Constitucional señaló que el Convenio podría implicar la modificación de una serie de leyes orgánicas constitucionales, no hubo en el país la adecuada preparación para enfrentar este nuevo escenario normativo, en especial respecto a la consulta indígena de los proyectos de inversión, en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Entre 2008 y 2009, el gobierno elaboró el instructivo presidencial N° 5[12] que regula diversos aspectos relacionado con los pueblos indígenas. En

[8] Tribunal Constitucional (2004), rol N° 309-2000, considerando 7°.

[9] Tribunal Constitucional (2008), rol N° 1050-2008, considerando 12°.

[10] *Op. cit.*

[11] Artículo 38 "1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación".

[12] "Instructivo Presidencial que implementa iniciativas de Re Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad" N° 5, del Gabinete Presidencial, 25 de junio de 2008.

Actualidad Juridica 36.indd 354 01-09-17 11:59

dicha norma se ordenó a los ministerios crear unidades de asuntos indígenas, y estableció que cada Ministerio deberá

> "Establecer mecanismos de información y consulta a los pueblos indígenas para el diseño de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles"[13].

Sin embargo, define como medidas administrativas o legislativas a los proyectos de normativa legal o reglamentaria, o al diseño de planes y programas[14], no señalando nada respecto de otros actos de administración que puedan afectar también a los pueblos indígenas, como la resolución de calificación ambiental, entre otros.

También creó el decreto supremo N° 124[15] que, sin perjuicio de mencionar en sus considerandos al Convenio, en su artículo 1° señala que regula el art. 34 de la ley Nº 19.253, el cual, de acuerdo al Tribunal Constitucional tiene un estándar distinto al Convenio OIT 169[16]. Esto fue criticado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos por "restringir severamente" el Derecho a la Consulta Indígena[17].

Por su parte, la interpretación por parte de los tribunales de justicia ha sido zigzagueante, sobre todo en relación con si la participación ciudadana del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental cumple con los estándares del Convenio OIT 169.

Al poco tiempo de entrar en vigencia el Convenio OIT 169, la Corte Suprema señaló en Javier Nahuelpan y otros contra Corema Región De Los Ríos:

> "Que como es posible apreciar, el procedimiento de participación ciudadana en los proyectos sometidos a estudio de impacto ambiental previsto en el artículo 26 de la Ley N° 19.300 es el mecanismo a través del cual se lleva a efecto el deber de consulta a que obliga el Convenio N°169, cuyo texto y principios que lo informan resultan plenamente compatibles y alcanzan eficacia con la normativa ambiental vigente"[18].

Sin embargo, pocos meses después, el criterio del máximo tribunal del país cambió, al señalar que un proyecto debía realizar un estudio de impacto ambiental que contemple una participación ciudadana, que "deberá ajustarse

[13] Instructivo Presidencial que implementa iniciativas de Re Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad" N° 5, del Gabinete Presidencial, 25 de junio de 2008, Letra d) del número 10

[14] *Op. cit.*, numeral 23.

[15] Decreto supremo N° 124, del Ministerio de Planificación, *Diario Oficial*, 25 de septiembre de 2009.

[16] Tribunal Constitucional (2000), rol N° 309-2000, considerando 7°.

[17] Instituto Nacional de Derechos Humanos (2010).

[18] Corte Suprema (2010), rol N° 4078-2010, considerando 11°.

Actualidad Juridica 36.indd 355 01-09-17 11:59

además a los términos que el Convenio N° 169 contempla"[19], estableciendo, entonces, que el texto y principios del Convenio OIT 169 no son plenamente compatibles con la participación ciudadana de la ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, sino que requiere de requisitos adicionales ("además").

Por ello, en un proceso no exento de dificultades, el gobierno optó por regular el ejercicio del Derecho a la Consulta Indígena a través de dos normas; respecto de la consulta del acto administrativo "Resolución de Calificación Ambiental", a través una serie de artículos en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y para los demás los actos administrativos y legislativos de la administración del Estado, a través del Reglamento General de Consulta Indígena.

Principales aspectos del Reglamento General de Consulta Indígena

El Reglamento General de Consulta Indígena, contenido en el decreto Nº 66 de 2013, del Ministerio de Desarrollo Social (en adelante Decreto 66 o Reglamento de Consulta Indígena), contiene diecinueve artículos, divididos en tres títulos, que regulan principalmente aspectos de la consulta tales como quienes son los órganos responsables de hacer el proceso de consulta, cuales son los principios de la consulta indígena, el procedimiento de la misma y cada una de sus etapas.

Asimismo, en el artículo 13 establece que los órganos de la administración que tengan dudas respecto de la pertinencia de iniciar un proceso de consulta indígena respecto de una determinada medida administrativa o legislativa, podrán hacer una "consulta de pertinencia" a la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo, que dentro del plazo señalado, deberá contestar si le parece adecuado que la medida en cuestión sea consul tada.

Pero, sin duda, para objeto del presente trabajo, el artículo más relevante del Reglamento, es el artículo 7° del Decreto 66, porque en él se define lo que se entiende por medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Su tenor literal es el siguiente:

> "Artículo 7°.- Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 4º de este reglamento, deberán consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente.

[19] Corte Suprema (2011), rol N° 258-2011, considerando 10°.

Actualidad Juridica 36.indd 356 01-09-17 11:59

(...) Son medidas administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas aquellos actos formales dictados por los órganos que formen parte de la Administración del Estado y que contienen una declaración de voluntad, cuya propia naturaleza no reglada permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que los habilite para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en su adopción, y cuando tales medidas sean causa directa de un impacto significativo y específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Las medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, no requerirán consulta por su carácter de urgente.

Los actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica se entenderán comprendidas en la consulta del acto terminal o decisorio al que han servido de fundamento o que deban aplicar.

Las medidas administrativas que no producen una afectación directa respecto de los pueblos indígenas no estarán sujetas a consulta, como sucede con aquellos actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, como ocurre con los dictámenes, actos de juicio, constancia o conocimiento, así como los actos que dicen relación con la actividad interna de la Administración, como los nombramientos de las autoridades y del personal, el ejercicio de la potestad jerárquica o las medidas de gestión presupuestaria"[20].

En virtud de lo anterior, para que un acto administrativo sea consultado, el Decreto 66 considera que debe cumplir con las siguientes condiciones:

a) Que se trate de un acto administrativo: La definición de medida administrativa del artículo 7º inc. 3ª se inicia con la transcripción de la definición de acto administrativo señalada en el art. 3° inciso 2° de la ley Nº 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado;

"decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública"[21]:

[20] Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, que Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en Virtud del artículo 6 Nº 1 letra A) y Nº 2 del Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo, publicado el 4 de marzo de 2014, art. 7°.

[21] Ley Nº 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, artículo 3°.

Actualidad Juridica 36.indd 357 01-09-17 11:59

Ello implica que se consideran como "medida administrativa" pueden ser objeto de consulta indígena todos los actos de los órganos de la administración del Estado que cumplan con los requisitos para ser considerados como acto administrativo, en el concepto de la ley Nº 19.880.

b) De que sea de naturaleza no reglada: De acuerdo con diversos autores, los actos administrativos pueden ser dictados en virtud de una potestad reglada, o una potestad discrecional.

La potestad reglada, de acuerdo con el profesor Cordero Vega, existe cuando las normas jurídicas que regulan la actividad administrativa establecen una regulación minuciosa y completa de esa actividad, de manera que ante un supuesto de hecho, la Administración solo puede actuar de una manera precisa[22]. En este caso, la administración

"se limita a determinar cuál es la legislación aplicable, a comprobar que los hechos se subsumen en el supuesta fáctico definido por ella y adoptar la consecuencia igualmente tasada por dicha legislación"[23].

Por su parte la profesora Poblete define a los actos reglados, señalando:

"Dentro del régimen de derecho la Administración debe actuar subordinada a la ley, es decir, a la norma legal y reglamentaria que regula la actividad administrativa"[24].

Así, los actos administrativos que son producto del ejercicio de una potestad reglada no pueden ser objeto de consulta indígena, puesto que el órgano competente no está autorizado por el legislador a que el resultado del ejercicio de dicha potestad sea distinto a aquel que el mismo legislador previó, al producirse un supuesto de hecho.

Por tanto, constituiría una violación al principio de la buena fe dispuesto tanto en el Convenio como en el Reglamento General de Consulta, si una autoridad administrativa realizara un procedimiento de consulta indígena respecto de un acto, a sabiendas que, sin importar la opinión de los pueblos indígenas, la decisión de la administración no puede ser otra que la establecida previamente por el legislador, en virtud del ejercicio de una potestad reglada.

c) Que el ejercicio de dicha potestad discrecional permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que habilite al órgano de la administración del Estado para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para su dictación:

[22] Cordero (2015), p. 82.
[23] *Ibid*.
[24] Poblete (2007), p. 38.

Actualidad Juridica 36.indd 358 01-09-17 11:59

Para el profesor José Luis Cea, la discrecionalidad es:

"el margen limitado de libertad que la ley concede expresamente a la Administración para que, en casos o situaciones concretas, interprete y aplique sus disposiciones generales con sujeción a los fines y medios previstos en ella"[25].

Sin embargo, tal como lo reconoce el profesor Soto Kloss,

"esa libertad no puede ser concebida como una facultad de autodeterminación absoluta, fuera de toda ley, ya que por una parte, de suyo la libertad supone una ley previa que permita elegir entre varias posibilidades y decidir según lo que se adecúe a ella o no; y por la otra, no puede olvidarse que ningún órgano del Estado puede actuar, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, sino en la medida que haya sido previa y expresamente habilitado para hacerlo por la Constitución o la ley"[26].

En virtud de lo anterior, resulta evidente que en el ejercicio de una potestad discrecional, la libertad de la administración no es absoluta, sino que está sujeta a limitaciones.

Para Pablo Alarcón Jaña, los límites de la discrecionalidad son la razonabilidad, la proporcionalidad, la prudencia gubernativa, el principio de juridicidad y los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana[27].

Por su parte, Cordero Vega[28] distingue cuatro supuestos necesarios para la operación de la discrecionalidad. El primer supuesto es que la discrecionalidad no es una característica que puede predicarse completamente de una potestad, sino de algunos de sus elementos o condiciones de seguimiento. En este sentido, señala el profesor Cordero, hay elementos que son siempre reglados en una potestad:

i) el hecho de su existencia;
ii) el supuesto fáctico que determina su empleo;
iii) la competencia y
iv) el fin de la potestad.

El segundo presupuesto señalado por el profesor Cordero es que:

"la discrecionalidad no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad de la administración, sino la consecuencia de una remisión normativa consciente. La discrecionalidad no puede entenderse como la consecuencia de una laguna de la ley, cuyo silencia permite la libertad de la administración, sino como resultado de una decisión deliberada: la

[25] Cea (1985), p. 12.
[26] Soto (2010), p. 378.
[27] Alarcón (2000), pp. 27-34.
[28] Cordero (2015), p. 84.

Actualidad Juridica 36.indd 359 01-09-17 11:59

Administración posee potestad discrecional no porque la ley calle, sino porque la ley quiere"[29].

El tercer presupuesto es que la discrecionalidad no puede ser confundida con la mayor o menor indeterminación de los conceptos jurídicos, y que la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados puede ser objeto de revisión por parte del juez.

Por último, el cuarto supuesto es que la discrecionalidad crea un ámbito de indiferencia relativa en virtud de la cual la administración puede elegir entre diferentes soluciones, pero esa solución, como todas las demás actuaciones de la administración, debe respetar el principio de razonabilidad[30].

Asimismo, el profesor cordero distingue también dos tipos de discrecionalidad; la política y la técnica. Para el profesor Mardones, siguiendo a Virga, la discrecionalidad técnica se caracteriza porque la elección que hace la administración debe llevarse a cabo sobre la base de reglas, conocimientos y recursos emanados de una ciencia o arte[31], mientras que, nuevamente de acuerdo con lo señalado por el profesor Cordero, la discrecionalidad política existe cuando la ley otorga a la autoridad un margen de decisión propio e individual, para que adopte una medida valorando los aspectos y consecuencias políticas de la misma[32].

Así, en virtud de todo lo anteriormente expuesto, para poder ser objeto de un procedimiento de consulta indígena se requiere que la potestad de la administración bajo cuyo uso se dicta un acto administrativo sea discrecional y no reglada, pero no todos los actos dictados en el uso una potestad discrecional van a ser objeto de un procedimiento de consulta, ya que se requiere que el grado de discrecionalidad o libertad que se le otorgue al órgano competente sea de tal entidad, que le permita llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas.

En el caso que el órgano competente no tenga este margen de discrecionalidad, se transgrede el principio de la buena fe, ya que los pueblos indígenas participan en el proceso de consulta con la apertura para llegar a un acuerdo, mientras que la administración tiene un margen limitado que no le va permitir llegar al acuerdo con pueblos indígenas.

d) La medida sea o pueda ser causa directa de un impacto significativo en los pueblos indígenas:

[29] Cordero (2015), p. 84.
[30] *Op. cit.*, p. 85.
[31] Virga (2001), pp. 8-9, en Mardones (2013), pp. 315-316.
[32] Cordero (2015), p. 85.

Actualidad Juridica 36.indd 360 01-09-17 11:59

Parte importante de los actos administrativos del gobierno podrían producir algún tipo de efecto en los pueblos indígenas, lo que obligaría a consultar cientos de ellos cada año.

Para evitar ello, el mismo Convenio establece que los gobiernos deberán consultar a los pueblos indígenas (...) cada vez que se prevean medidas (...) susceptibles de afectarles directamente[33], estableciendo entonces como requisito que la relación entre la medida que se va a tomar y la afectación sea directa.

Para estos efectos, resulta ilustrativo dar cuenta de que la palabra 'directa' se define, de acuerdo con la Real Academia Española, como "que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios"[34].

Así, solo serán consultables aquellos actos en los que exista una relación directa entre el acto mismo y eventuales efectos en los pueblos indígenas. Sin embargo, este requisito debe aplicarse sin olvidar el principio de la buena fe. Por ello, no son para estos efectos considerados actos intermedios los actos que no son consultables, debido a que provengan del ejercicio de una potestad reglada o de una potestad sin el suficiente grado de discrecionalidad para llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas.

En relación con la significancia del impacto, casi toda actuación administrativa, y así como parte importante de los proyectos de inversión, podrían generar algún tipo de impacto en los pueblos indígenas, sin que se trate de impactos que pueden producir efectos relevantes sobre los pueblos indígenas. Por ello se incluye en el Reglamento el concepto de "impacto significativo", que además equipara conceptualmente al Reglamento General de Consulta con el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en cuanto a la magnitud de impacto que debe generar una medida para ser consultada.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que el Convenio, al utilizar la palabra afectación[35], da cuenta que la consulta debe efectuarse solo cuando el impacto de las medidas administrativas sea relevante. De acuerdo con la definición establecida por la Real Academia Española, no cualquier modificación o cambio es capaz de alterar o afectar, sino solo aquellos que producen cambios esenciales[36].

---

[33] Decreto 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 15 de septiembre de 2008.

[34] Real Academia Española (2014).

[35] De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, afectar es: "Producir alteración o mudanza en algo". A su vez, alterar es: "Cambiar la esencia o forma de algo" y mudar es :"Dar o tomar otro ser o naturaleza, otro estado, forma, lugar, etc.", lo que da cuenta de que no todas las medidas que pueden producir efectos en los pueblos indígenas deben ser consultadas, sino solo aquellas que producen efectos relevantes, porque afectar no es cualquier modificación, sino aquellas que

[36] Real Academia Española (2014).

Actualidad Juridica 36.indd 361 01-09-17 11:59

e) Que dicho impacto sea específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales, afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas.

Las medidas administrativas que pueden ser objeto de un procedimiento de consulta, son aquellas que afectan a los pueblos indígenas de forma diferenciada, en relación con los demás miembros de la sociedad, ya que, de lo contrario, todas las medidas administrativas y legislativas debieran ser consultadas, porque afectan a miembros de los pueblos indígenas en tanto ciudadanos.

En este sentido, el relator James Anaya señala que sería irrealista decir que el deber de los Estados de realizar consultas se aplique siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente todas las decisiones pueden afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas y al resto de la población[37].

Por ello, dice Anaya, el deber de celebrar consultas es aplicable

> "siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de los Pueblos Indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes"[38].

f) Que no se trate de medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, actos de mero trámite y las medidas de ejecución material o jurídica o de actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros.

Las medidas dictadas en situación de emergencia no son consultables debido a que, por sobre el derecho a la consulta, hay otros derechos, como el derecho a la vida.

Asimismo, los actos de mero trámite, que los actos que dictan durante la tramitación de un procedimiento administrativo, sin poner fin al mismo[39], evidentemente no son consultables porque no expresan una decisión por parte de la autoridad.

Finalmente, las medidas de ejecución material o jurídica de actos que no producen un efecto sobre terceros no son consultables, debido a que corresponden a actos que son consecuencia de una potestad reglada, y que, a su vez, provienen de actos no consultables debido a que

[37] Anaya (2009).
[38] *Ibid*.
[39] Cordero (2015), p. 254.

Actualidad Juridica 36.indd 362 01-09-17 11:59

no producen efectos sobre terceros, incluyendo en ellos a los pueblos indígenas.

Las concesiones de explotación de energía geotérmica

El otorgamiento de concesiones de energía geotérmica está regulado en la ley Nº 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica[40] (en adelante Ley de Concesiones de Energía Geotérmica), y en su respectivo reglamento, contenido en el decreto supremo Nº 114 de 2015, del Ministerio de Energía[41], que aprueba un Nuevo Reglamento para la Aplicación de la ley Nº 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica y deroga decreto Nº 32, de 2004, del Ministerio de Minería (en adelante Reglamento de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica).

El artículo 5° de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica define a la concesión de energía geotérmica, como:

> "un derecho real inmueble, distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño, oponible al Estado y a cualquier persona, transferible y transmisible, susceptible de todo acto o contrato"[42].

Por su parte, el artículo 6° de dicho cuerpo legal, señala:

> "la concesión de exploración confiere el derecho a realizar los estudios, mediciones y demás investigaciones tendientes a determinar la existencia de fuentes de recursos geotérmicos"[43],

mientras que la concesión de explotación "confiere el derecho a utilizar y aprovechar la energía geotérmica que exista dentro de sus límites"[44].

Luego, entre los artículos 10 y 21 se establece el procedimiento para obtener una concesión de exploración o explotación. En síntesis, esta puede obtenerse de dos maneras: a través de una solicitud de concesión o a través de una licitación pública:

[40] Ley Nº 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica, publicada el 7 de enero de 2000.

[41] Decreto supremo N° 114 de 2013, del Ministerio de Energía, que aprueba nuevo reglamento para la aplicación de la ley Nº 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica y deroga decreto Nº 32, de 2004, del Ministerio de Minería, publicado el 8 de marzo de 2013.

[42] Ley Nº 19.657..., *op. cit.*, art. 5°.

[43] *Op. cit.*, art. 6°.

[44] *Ibid*.

Actualidad Juridica 36.indd 363 01-09-17 11:59

a) Otorgamiento de concesiones de energía geotérmica, previa solicitud del concesionario

Para solicitar una concesión, tanto de explotación como de exploración, el requirente deberá acompañar, además de sus antecedentes sobre su propia situación jurídica y patrimonial,

> "la ubicación, extensión y dimensiones del terreno respecto del cual se solicita la concesión y su plano, indicándose las coordenadas U.T.M. de sus vértices"[45],

y

> "los antecedentes generales, técnicos y económicos del proyecto de exploración o de explotación de energía geotérmica y las inversiones proyectadas para su ejecución"[46, 47].

Luego de revisada la admisibilidad de la solicitud, el Ministerio de Energía deberá publicar una vez un extracto de la solicitud en el *Diario Oficial*, y dos veces dicho extracto en un diario de circulación nacional. Además, en el caso de lugares de difícil acceso, se deberán publicar tres avisos radiales. Si dentro de cuarenta y cinco días no existen otras ofertas para la concesión, el Ministerio de Energía deberá resolver la solicitud, otorgándola, denegándola, total o parcialmente. Si existen otras ofertas, el Ministerio de Energía deberá llamar a licitación[48].

Los motivos que puede tener la administración para denegar total o parcialmente una solicitud, están establecidos taxativamente en el reglamento de la Ley de Concesiones, y corresponden a los siguientes:

> "1. Que la solicitud no se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la ley, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 2° de la ley.
>
> 2. Que el proyecto presentado no guarde correlación con la naturaleza de la concesión solicitada.

[45] Ley N° 19.657..., *op. cit.*, art. 11° letra a.

[46] Sobre este punto, el decreto supremo N° 114 de 2013, del Ministerio de Energía, en su artículo 6° especifica los contenidos mínimos que deberán tener las solicitudes de concesión de energía geotérmica. Por su parte, la letra b) del requisito 6.1 del artículo 6° establece que, para el caso de las solicitudes de concesión de explotación de energía geotérmica, se deberá acompañar "una carta Gantt deberán indicar las actividades y las etapas en que se desarrollarán las perforaciones de pozos, construcción, puesta en marcha y operación del sistema o planta de aprovechamiento de energía geotérmica, debiendo acompañar asimismo el Modelo conceptual geotérmico inicial, con los respectivos resultados de las campañas de exploración de geología, geofísica, geoquímica y/o hidrogeología, que sustenten dicho modelo".

[47] Ley N° 19.657..., *op. cit.*, art. 11° letra b.

[48] *Op. cit.*, art. 13° y ss.

Actualidad Juridica 36.indd 364 01-09-17 11:59

3. No cumplir con la obligación de publicación establecida en el artículo 13 de la ley.

4. Que exista una concesión ya constituida, sea de exploración o explotación, sobre parte o la totalidad de la superficie solicitada, o que se superponga a una solicitud anterior en trámite, respecto de la cual hayan transcurrido cuarenta y cinco días desde su publicación en el Diario Oficial.

5. Que sobre el área solicitada en concesión exista un derecho exclusivo de otro concesionario con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley.

6. Cuando sobre el área solicitada en concesión, exista alguna restricción territorial de carácter relevante, declarada e informada por la autoridad competente"[49].

b) Licitaciones públicas[50]

En el caso de las licitaciones públicas, el Ministerio de Energía deberá hacer el llamado a licitación publicando un extracto. Desde la publicación del extracto, los titulares de derechos sobre la extensión territorial que cubre la concesión, tendrán cuarenta y cinco días para hacer sus reclamos.

El Ministerio de Energía deberá primero hacer un análisis del cumplimiento de los requisitos para participar en la licitación. Luego, los proponentes aptos para participar en la licitación tendrán derecho a presentar ofertas económicas, las que serán resueltas "sobre la base de los precios ofrecidos para la concesión"[51].

Finalmente, el Decreto de Concesión de Energía Geotérmica deberá contener, en el caso de una concesión de exploración, el plazo, el titular a quien se confiere; la extensión de la concesión y su ubicación, determinada a través de las coordenadas U.T.M. de sus vértices, y los antecedentes generales, técnicos y económicos, así como las inversiones proyectadas[52].

Por su parte, el Decreto de Concesión de Explotación deberá contener, el titular, la ubicación, determinada de la misma forma que en el caso de la concesión de exploración, y las inversiones proyectadas[53].

[49] Decreto supremo Nº 114 del Ministerio de Energía, que aprueba Nuevo Reglamento para la Aplicación de la Ley Nº 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica y deroga decreto Nº 32, de 2004, del Ministerio de Minería, publicado el 8 de marzo de 2013, art. 13°.

[50] Ley Nº 19.657..., *op. cit.*, y arts 15 a 24 del decreto supremo Nº 114 del Ministerio de Energía, que aprueba Nuevo Reglamento para la Aplicación de la Ley Nº 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica y deroga decreto Nº 32, de 2004, del Ministerio de Minería, publicado el 8 de marzo de 2013, arts. 16° a 21°.

[51] Ley Nº 19.657..., *op. cit.*, art. 17° inc. 1°.

[52] *Op. cit.*, art. 20 inc. 1°.

[53] *Op. cit.*, art. 20 inc. 2°.

Actualidad Juridica 36.indd 365 01-09-17 11:59

Efectos de las concesiones de energía geotérmica

De acuerdo con lo establecido en la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica, solo el concesionario de exploración o explotación podrá ejecutar actividades de exploración o explotación geotérmica, respectivamente, dentro del territorio señalado en el Decreto de Concesión[54].

Asimismo, desde la fecha de publicación del Decreto de Otorgamiento de Concesión de Energía Geotérmica, los predios superficiales a la concesión otorgadas podrán ser objeto de servidumbres en favor del concesionario, para:

i) ser ocupados por obras o instalaciones de exploración o explotación de energía geotérmica, sistemas de comunicación, cañerías, construcciones y otras obras;
ii) establecer las servidumbres propias de los concesionarios de servicios eléctricos y establecer servidumbres de tránsito, para construir caminos, ferrocarriles, cañerías y otros, con el fin de unir la concesión con caminos públicos, puertos, estaciones de ferrocarriles, establecimientos de producción comercial y centros de consumo de energía geotérmica[55].

Estas servidumbres se constituyen por escritura pública suscrita entre ambas partes o por resolución judicial dictada en virtud de un procedimiento sumario, y no podrán aprovecharse para fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión. Cesarán cuando termine el aprovechamiento de la concesión[56].

Asimismo, el concesionario, por el solo ministerio de la ley, tiene el derecho de aprovechamiento, consuntivo y de ejercicio continuo, de las aguas subterráneas alumbradas en los trabajos de exploración o de explotación. Este derecho se extingue con la concesión[57].

Los proyectos de energía geotérmica y la evaluación ambiental

La ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente establece, en su artículo 10º, el listado de actividades que deben someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental[58].

[54] Ley Nº 19.657..., *op. cit.*, art. 22.
[55] *Op. cit.*, art. 27.
[56] *Ibid*.
[57] *Ibid*.
[58] Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994.

Actualidad Juridica 36.indd 366 01-09-17 11:59

En este listado aparecen como causales en las que podría incurrir algún tenedor de una concesión de energía geotérmica para desarrollar su proyecto, la establecida en la letra c); las centrales generadoras de energía mayores a 3 MW, y la establecida en la letra p) del artículo 10°; ejecución de obras en áreas colocadas bajo protección oficial, en los casos en que la legislación respectiva lo permita[59].

De las actividades descritas en el artículo 10°, deberán realizar un estudio de impacto ambiental si generan o presentan algunos de los impactos señalados en el artículo 11; riesgo para la salud de la población, efectos adversos significativos sobre los recursos naturales renovables, reasentamiento de comunidades humanas, localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos, y alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural[60].

En el caso en que cualquiera de los impactos señalados en el artículo 11° se produzca sobre pueblos indígenas o grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, corresponderá llevar a cabo un proceso de consulta indígena, siguiendo lo establecido en el art. 85 y ss. del Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental[61].

Además, de acuerdo con lo señalado por el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental[62], cada vez que un proyecto que fue sometido a un estudio de impacto ambiental, esté situado en áreas de desarrollo indígena o existan en su cercanía grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, y declare no producir efectos significativos sobre los mismos, el director regional del Servicio de Evaluación Ambiental deberá reunirse con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, para determinar si corresponde dar término anticipado a la evaluación del estudio de impacto ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 36 del Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental.

Por su parte, si el proyecto ha sido sometido a una declaración de impacto ambiental cuya área de influencia sea cercana a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el director regional del Servicio de Evaluación Ambiental también deberá reunirse con los miembros de dichos grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, pero para determinar si el proyecto produce alguno de los efectos señalados en el art. 11° de la ley Nº 19.300 y, por tanto, la evaluación del proyecto deba terminarse anticipa-

[59] Ley Nº 19.300..., *op. cit.*, art. 10°.

[60] *Op. cit.*, art. 11°.

[61] *Op. cit.*, art. 85°.

[62] Decreto supremo Nº 30 de 2012, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, publicado el 12 de agosto de 2013, art. 86 inc. 1°.

Actualidad Juridica 36.indd 367 01-09-17 11:59

damente en virtud de lo dispuesto en el art. 48 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, para ser ingresada como un estudio de impacto ambiental[63].

En virtud de todo lo anteriormente expuesto, cualquier proyecto de generación de energía geotérmica de más de 3 MW o que se efectúe en áreas protegidas, que pueda producir un impacto significativo en la salud, los recursos naturales o los sistemas de vida de los grupos humanos indígenas, pueda producir reasentamiento de población indígena, o afectación de sitios de conservación antropológica, antes de poder iniciar su construcción, deberá contar con una resolución de calificación ambiental favorable para poder ser desarrollado, obtenida luego de la presentación de un estudio de impacto ambiental, en cuyo proceso de evaluación, se desarrollará un proceso de consulta indígena, de acuerdo con lo señalado por el art. 8° y 13 y ss. del Decreto 66, y 85 y ss. del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Por último, debe considerarse que el desarrollo de actividades que requieran de una resolución de calificación ambiental favorable sin contar con ella constituye una infracción cuya fiscalización y sanción es competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente[64]. Las sanciones por esta conducta podrían llegar hasta la clausura temporal o definitiva del proyecto, o la multa de hasta diez mil Unidades Tributarias Anuales[65].

Aplicabilidad de la consulta indígena al otorgamiento de concesiones de energía geotérmica

A continuación, corresponderá hacer un análisis respecto de si el acto administrativo que otorga una concesión de exploración o explotación de energía geotérmica puede ser una medida administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6° del Convenio OIT 169 y el Decreto 66, y, por tanto, si cuando corresponda, podría ser o no objeto de un proceso de consulta indígena.

Para ello, será necesario analizar si esta medida administrativa cumple con los supuestos exigidos por el art. 7° del Decreto 66 analizados anteriormente para que, en el caso de ser susceptible de afectar a los pueblos indígenas, deba ser consultada:

a) Que se trate un acto administrativo: El decreto que otorga una concesión de energía geotérmica es un acto administrativo por cuanto es

[63] Decreto supremo Nº 30 de 2012, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, publicado el 12 de agosto de 2013, art. 86 inc. 2°.

[64] Ley Nº 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada el 26 de enero de 2010, art. 35 letra b).

[65] *Op. cit.*, art. 38.

Actualidad Juridica 36.indd 368 01-09-17 11:59

una decisión formal (está contenido en un decreto supremo) emitido por un órgano de la administración del Estado (el ministro de Energía, a nombre del Presidente de la República), que contiene una declaración de voluntad (consistente en otorgar una concesión de energía geotérmica), realizada en el ejercicio de una potestad pública (La potestad está establecida en el art. 19 inc. 1° de la ley Nº 19.657;

"Si no se hubieren deducido reclamaciones u observaciones, o si se hubieren resuelto las opuestas, el Ministerio de Energía, mediante decreto supremo, deberá pronunciarse sobre la solicitud de concesión o resolver la licitación convocada, según corresponda"[66].

b) Que sea de naturaleza no reglada: Si bien, como veremos más abajo, el ejercicio de la potestad discrecional en los decretos de concesión de energía geotérmica está bastante acotada, estos actos jurídicos no son de aquellos en los que las normas que los regulan, los reglamentan de tal forma que, frente a un supuesto de hecho la administración solo puede actuar de una manera precisa, es decir, se trata de un acto administrativo no reglados.

Lo anterior queda de manifiesto, por ejemplo, en la facultad establecida en favor del Ministerio de Energía, para denegar totalmente una solicitud de concesión de energía geotérmica, cuando concurran alguno de los supuestos establecidos en el artículo 13 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica[67].

En este caso, si bien los supuestos en virtud de los cuales se podría fundar la denegación total o parcial de una solicitud de concesión de energía geotérmica, no se obliga a la administración a denegar total o parcialmente una solicitud en virtud de ellos.

Tampoco se establece en dicho artículo del Reglamento cuáles de ellos son causal suficiente para denegar totalmente una concesión, y cuáles de ellos son suficientes para denegarla parcialmente, ni en qué porcentaje de ella se puede denegar en virtud de una determinada situación fáctica. Todo lo anterior demuestra que el acto administrativo en virtud del cual se otorga una concesión de energía geotérmica, no se dicta en el ejercicio de una potestad reglada.

c) Que el ejercicio de dicha potestad discrecional permita a dichos órganos el ejercicio de un margen de discrecionalidad que habilite al órgano de la administración del Estado para llegar a acuerdos u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para su dictación.

[66] Ley Nº 19.657..., *op. cit.*, art. 19 inc. 1°.

[67] Algunos ejemplos de estas causales son: que el proyecto presentado no guarde correlación con la naturaleza de la concesión solicitad, o que no se cumpla con la obligación de publicación establecida en el artículo 13 de la ley.

Actualidad Juridica 36.indd 369 01-09-17 11:59

En el caso de este requisito, se debe analizar si la potestad discrecional en virtud de la cual se dicta un decreto de concesión de energía geotérmica otorga al Ministerio de Energía un grado de discrecionalidad y libertad tal, que le permite llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas u obtener su consentimiento para dictar esta medida.

En este caso, nuestra opinión es que, en el caso de las concesiones de energía geotérmica otorgadas previa solicitud de un particular, la potestad discrecional en virtud de la cual se dicta este acto jurídico no faculta a la administración del Estado para llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas.

En primer lugar, porque los motivos por los cuales la administración puede fundar su rechazo total o parcial de una solicitud de concesión de energía geotérmica están establecidos taxativamente por el legislador, y en dicho listado no se encuentra un acuerdo o el consentimiento con los pueblos indígenas para la dictación del decreto.

Ello porque el Reglamento de la Ley de Concesiones señala que "serán causales suficientes para denegar total o parcialmente la concesión solicitada las siguientes"[68]. Luego, hace una enumeración de seis causales.

Asimismo, no debe confundirse la última causal, que señala que como causa posible de limitación o rechazo de la concesión, la siguiente:

> "cuando sobre el área solicitada en concesión, exista alguna restricción territorial de carácter relevante, declarada e informada por la autoridad competente"[69],

con una posible facultad intentar llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas respecto de la extensión de un concesión de energía geotérmica, porque la existencia de predios indígenas no constituye una restricción territorial de carácter relevante.

Si bien el concepto de "restricción territorial" no es de aquellos reconocidos por nuestra legislación, el documento "Energías renovable en Chile. El potencial eólico, solar e hidroeléctrico de Arica a Chiloé" elaborado por el Ministerio de Energía en 2012, utiliza el concepto de "restricción territorial", señalando como restricciones territoriales, en el caso de la energía eólica, al factor de planta, la altitud, la pendiente, distancia a centros urbanos, distancia a centros poblados, distancia a ríos y esteros, distancia a cuerpos de agua, zonas protegidas (SNASPE,

[68] Decreto supremo N° 114 de 2013, del Ministerio de Energía, que aprueba nuevo reglamento para la aplicación de la ley Nº 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica y deroga decreto Nº 32, de 2004, del Ministerio de Minería, publicado el 8 de marzo de 2013, art. 13.

[69] *Op. cit.*, art. 13 N° 6.

Actualidad Juridica 36.indd 370 01-09-17 11:59

santuarios de la naturaleza y sitios bajo Convención Ramsar), línea de costa, líneas férreas, red vial y sendero de Chile, y distancia de otros aerogeneradores[70].

En el caso de la energía solar señala el mismo listado de "restricciones territoriales" agregando los predios agrícolas y, por último, en el caso de la hidroelectricidad, el listado no varió[71].

En virtud de lo anterior, tomando en cuenta que los lugares aptos para desarrollar los tipos de energías mencionados anteriormente podrían incluir, entre otros, zonas donde se encuentren localizados pueblos indígenas, al igual que los lugares aptos para desarrollar energía geotérmica, y su presencia no fue incluida como restricción territorial, cabe suponer que ello es porque no son considerados como una "restricción territorial relevante".

Por su parte, la existencia de una determinada área de desarrollo indígena tampoco impone alguna restricción territorial al desarrollo de actos de terceros, puesto que, de acuerdo con lo establecido en la ley Nº 19.253, las áreas de desarrollo indígena

> "serán espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades",

por tanto que tienen como sujeto al estado, para que este pueda focalizar su acción en pos del desarrollo de las comunidades indígenas. Asimismo, siguiendo al profesor Donoso, cabe destacar que las áreas de desarrollo indígena tampoco son reconocidas como áreas protegidas en materia ambiental[72].

En este sentido, cabe recordar al profesor Cordero, que señalaba que la discrecionalidad administrativa no debe entenderse como una laguna, sino como algo que el legislador expresamente establece[73]. Por ello, si el artículo 13 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica se modificó en 2015 sin haber efectuado un proceso de consulta indígena, es porque el legislador claramente no tuvo la voluntad de que dicha causal de fundamentación afectara a los pueblos indígenas.

A contrario sensu, si el legislador hubiese querido agregar una causal que permitiera la modificación de los decretos de concesión en virtud de los resultados de la consulta indígena, o agregar una causal de fundamentación que le permitiera denegar total o parcialmente una solicitud de concesión debido al

[70] Ministerio de Energía y Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, (2014), p. 32.

[71] *Op. cit.*, pp. 66 y 90.

[72] Donoso (2012).

[73] Cordero (2015).

Actualidad Juridica 36.indd 371 01-09-17 11:59

resultado de un proceso de consulta indígena, lo habría hecho expresamente, previo proceso de consulta indígena, cuestión que tampoco ocurrió.

En segundo lugar, la potestad discrecional de la administración en este caso no es suficientemente amplia para llegar a acuerdo con los pueblos indígenas en virtud de procedimientos adecuados, debido a que, de acuerdo con lo señalado anteriormente, el consentimiento de los pueblos indígenas debe ser libre, previo e informado.

Respecto de lo último, de acuerdo con lo señalado por el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (GNUD), para que exista consentimiento se requiere que los pueblos indígenas cuenten, al menos, con la siguiente información[74]:

> "la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto, una evaluación preliminar de los probables impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, incluso los posibles riesgos, y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución; el personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto (incluso pueblos indígenas, personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas)"[75].

Asimismo, el relator James Anaya señaló:

> "la consulta no se trata de la mera transmisión de información ni de la búsqueda de un 'si' o 'no' a una medida ya predeterminada. Si no se trata de un diálogo de buena fe en que se intercambia información y perspectivas, y en que se exploran varias alternativas para la medida propuesta, con el fin de llegar a una decisión consensuada"[76].

Sin embargo, debido a que la evaluación de los impactos del proyecto se realizará en la etapa de evaluación de impacto ambiental, durante la etapa de solicitud de concesión de energía geotérmica, el solicitante probablemente no cuenta con la información necesaria para que la autoridad pueda entablar un diálogo informado con los pueblos indígenas.

Lo anterior es coherente con el hecho de que en el artículo 11 letra c) de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica que contiene los requisitos para solicitar una concesión de energía geotérmica exige apenas antecedentes generales, técnicos y económicos del proyecto y las inversiones proyectadas, mientras que el Reglamento de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica exige una carta Gantt, modelos de

[74] Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2009), p. 30.
[75] Anaya (2013).
[76] *Ibid*.

Actualidad Juridica 36.indd 372 01-09-17 11:59

extracción, evaluación económica y un "modelo conceptual geotérmico inicial", por lo que no sería razonable exigir al inversionista en esta etapa, modelos de impacto que deberá preparar para la evaluación, si es que la concesión solicitada es otorgada.

Por otra parte, no cumple el estándar del Convenio pedirle a los pueblos indígenas que lleguen a un acuerdo u otorguen su consentimiento a actos administrativos respecto de los cuales no pueden saber el real efecto que tendrán sobre ellos.

En este sentido, el relator Anaya señaló que en la consulta "Se trata de llegar al consentimiento sobre la base de un acuerdo justo que salvaguarda, instrumentaliza, los derechos"[77]. En este sentido, una consulta sin información, sin una estimación de impactos, y sin que exista precisión respecto de la forma de ejecución de un proyecto, puede transformarse en un acuerdo injusto que conculque derechos de los pueblos indígenas.

Por último, es necesario señalar que la Subsecretaría de Servicios Sociales, en solicitud de pertinencia contestada a través del oficio Ord. 3303 de la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social, cuya fundamentación ha servido como base a la para los pronunciamientos contenidos en los oficios Ord. 790, 1386, contestando al Ministerio de Energía respecto de si una solicitud de concesión de energía geotérmica debía o no ser objeto de una consulta indígena, ha señalado que el decreto de Concesión de Explotación de Energía Geotérmica otorga en su dictación un margen de discrecionalidad, bajo el siguiente argumento:

"De conformidad al artículo 20 inciso 4 de la ley mencionada (la ley Nº 19.657 sobre concesiones de energía geotérmica), las condiciones establecidas en el decreto que concede una concesión de explotación pueden ser modificadas, lo que da cuenta de la existencia de un cierto margen de discrecionalidad en la actuación del Estado respecto de decretos de explotación geotérmica"[78].

Cabe señalar que la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica, establece:

"En casos calificados, y a solicitud del concesionario de exploración o de explotación, el Ministerio de Energía podrá modificar las condiciones de la concesión, dictando, al efecto, un nuevo decreto"[79].

En virtud de lo anterior, se discrepa absolutamente de que el citado inciso otorgue algún margen de discrecionalidad al Ministerio de

[77] Anaya (2014).
[78] Oficio ordinario N° 3303 del Ministerio de Desarrollo Social, de fecha 2 de julio de 2014.
[79] Ley Nº 19.657..., *op. cit.*, art. 20 inc. 4°.

Actualidad Juridica 36.indd 373 01-09-17 11:59

Energía para llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para acoger o denegar una solicitud de concesión de energía geotérmica, ya que, tal como se desprende del tenor literal del mismo inciso, la modificación solo puede hacerse a solicitud del concesionario, lo que establece implícitamente dos condiciones para realizarlas; que ellas solo puedan efectuarse respecto de concesiones de energía geotérmica ya otorgadas –antes de su otorgamiento no existe la figura del concesionario, sino solo del solicitante de concesión–, y que la iniciativa para pedir la modificación provenga del concesionario, sin que el Ministerio de Energía tenga la facultad de actuar de oficio, o a solicitud de un tercero distinto al concesionario, como podría ser una comunidad indígena, para modificar el decreto de concesión o la solicitud de concesión.

Lo anterior no hace más que ratificar que el acto jurídico que otorga una concesión de energía geotérmica es un acto jurídico que no admite a la autoridad un margen de discrecionalidad suficiente para llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas para su dictación, por lo que, discrepando de las respuestas de la misma institución, se considera que los decreto supremos que otorgan las concesiones de energía geotérmica no debieran ser susceptibles de ser objeto de un proceso de consulta indígena.

d) La medida sea o pueda ser causa directa de un impacto significativo en los pueblos indígenas: para determinar si una medida puede ser causa directa de un impacto significativo, se deberá probar si la relación entre la medida administrativa y los eventuales efectos adversos o positivos en los pueblos indígenas es una relación directa, de causa-efecto o existe entre ellas otras medidas consultables que pueden modificar la relación de la medida administrativa con estos efectos.

En este caso, hay que distinguir entre los decretos de concesión de exploración de energía geotérmica y los de explotación. Respecto de los primeros, no son consultables debido a que, como ha argumentado la Corte Suprema, la exploración geotérmica no es capaz de producir un impacto significativo en los pueblos indígenas[80].

En relación con las concesiones de explotación, es necesario señalar que, de acuerdo con lo señalado en el art. 5° y ss. de la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica, a través de este procedimiento se otorga un derecho real inmueble, distinto e independiente del dominio del predio superficial, para poder ejecutar una serie de acciones dentro de los límites de dicha concesión, tendientes a extraer la energía geotérmica, que es aquella:

[80] Corte de Apelaciones de Santiago (2012), rol N° 12.533-12, considerando 9°.

Actualidad Juridica 36.indd 374 01-09-17 11:59

"[que] se obtenga del calor natural de la tierra, que puede ser extraída del vapor, agua, gases, excluidos los hidrocarburos, o a través de fluidos inyectados artificialmente para este fin"[81].

En virtud de lo anterior, desde el punto de vista de la disponibilidad de derechos sobre la energía que existe en el subsuelo, el otorgamiento de este derecho a un titular no es susceptible de afectar directamente los derechos de pueblos indígenas, debido a que el objeto del mismo es la extracción de sustancias que se encuentran bajo la tierra, y los pueblos indígenas no han solicitado derechos sobre dichas sustancias, por lo que, la existencia de menos sustancias aprovechables geotérmicamente, bajo tierra, no puede afectar a los pueblos indígenas.

Sin embargo, es evidente que, para la extracción de sustancias respecto de las que se tenga derecho, cuando estas se encuentren bajo tierra, se requiere de la instalación de infraestructura sobre la superficie, lo que sí podría producir conflictos con miembros de los pueblos indígenas, que podrían vivir como desarrollar actividades ancestrales en ese lugar.

En razón de lo anterior, corresponde analizar si los derechos otorgados en una concesión de energía geotérmica, a través de un decreto supremo, son susceptibles de afectar directamente a los miembros de pueblos indígenas respecto de sus actividades dentro de los límites de una concesión de energía geotérmica otorgada.

Para lo anterior, debe tomarse en cuenta el contenido sustantivo de los decretos supremos que otorgan las concesiones. En el caso de la concesión de exploración, el acto jurídico de su otorgamiento debe contener:

"a) el plazo de la concesión; b) el titular a quien se confiere; c) la ubicación, con las coordenadas U.T.M. de sus vértices, y la extensión de la concesión, y d) los antecedentes generales, técnicos y económicos sobre el proyecto de exploración de energía geotérmica y las inversiones proyectadas para su ejecución".

Y en el caso de la concesión de explotación, debe contener: a) el titular a quien se confiere; b) la ubicación, con las coordenadas U.T.M. de sus vértices, y la extensión de la concesión y c) las inversiones proyectadas[82].

En virtud de lo anterior, puede constatarse que los citados actos jurídicos no se refieren ni directamente, ni indirectamente a la realización de ninguna actividad en el predio superficial, ni a la instalación

[81] Ley Nº 19.657..., *op. cit.*, art. 6 inc. 3°.
[82] *Op. cit.*, art. 7°.

Actualidad Juridica 36.indd 375 01-09-17 11:59

de infraestructura, ni al trazado de caminos u otras obras; lo que hace es otorgar el derecho a extraer una serie de sustancias del subsuelo (que pertenecen al Estado), dentro de un espacio físico, durante un tiempo determinado.

Por tanto, el acto jurídico en cuanto tal, no es susceptible de afectar a un miembro o una comunidad indígena directamente, porque no permite saber de qué forma ni en qué lugares de la superficie de su concesión, el concesionario va a hacer uso de su derecho a imponer servidumbres, sino solo con otorgarle un derecho abstracto a poder hacerlo, que, para ser llevado a cabo en la práctica, requerirá, entre otros aspectos, de los permisos ambientales correspondientes.

En este sentido, justamente la evaluación ambiental es el instrumento que entrega la legislación para determinar si el impacto ambiental de una actividad se ajusta a las normas vigentes[83]. Además, permite a la autoridad administrativa aprobar o rechazar la evaluación de un proyecto, en función de considerar si las mitigaciones y compensaciones establecidas son adecuadas en razón de los efectos producidos por el proyecto[84].

Lo anterior es, incluso, reconocido por el Ministerio de Energía en los decretos de concesión de explotación de energía geotérmica que ha entregado desde 2014 a la fecha, en los cuales establece que dicha concesión se otorga sin perjuicio de las autorizaciones ambientales que deberán obtenerse[85].

Por ello, es en esta instancia donde el titular de un proyecto deberá entregar detalles sobre cómo y dónde desarrollará las actividades necesarias para hacer uso de su concesión de energía geotérmica, y allí los miembros de pueblos indígenas tendrán la posibilidad de ser parte de un proceso de consulta indígena, donde la autoridad deberá intentar llegar a un acuerdo con ellos, para la dictación del acto jurídico "resolución de calificación ambiental".

De esta forma, el acto que es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas es la resolución de calificación ambiental, porque si esta es favorable, el concesionario podrá construir su proyecto de utilización de energía geotérmica, afectando eventualmente las formas de vida de los pueblos indígenas; pero si la resolución de calificación ambiental es desfavorable, el concesionario no podrá ejecutar actos

[83] Ley Nº 19.300..., *op. cit.*, art. 2 j).

[84] *Op. cit.*, art. 16 inc. Final.

[85] Por ejemplo, en la cláusula sexta el decreto N° 98 del Nº 98 del Ministerio de Energía, 7 de julio de 2016, publicado el 16 de enero de 2017, que otorga Concesión de Explotación de Energía Geotérmica a Inversiones Puyehue Limitada, en el área denominada "Trinidad III", ubicada en la región de Los Lagos, provincia de Osorno, comuna de Puyehue.

Actualidad Juridica 36.indd 376 01-09-17 11:59

propios de su concesión y, por tanto, no producirá efecto alguno sobre los pueblos indígenas, incluso si tiene una concesión de energía geotérmica otorgada.

Así, los decretos de concesión de energía geotérmica solo son susceptibles de afectar indirectamente a los pueblos indígenas, ya que requerirán siempre de una posterior aprobación ambiental que, por cierto, no es un acto de mero trámite o de ejecución del decreto de concesión de energía geotérmica, sino un acto administrativo autónomo, dictado en el ejercicio de una potestad discrecional, que incluye expresamente, un proceso de consulta indígena.

En relación con lo anterior, otro argumento que ha utilizado la Subsecretaría de Servicios Sociales del Ministerio de Desarrollo Social para señalar que el otorgamiento de una concesión de energía geotérmica es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, es que, en lo señalado en la Ley de Concesiones de Energía Geotérmica, los predios superficiales:

"están sujetos a las servidumbres que señala dicha norma legal, en este sentido, la susceptibilidad de afectación directa se generará si las acciones propias de la concesión de explotación geotérmica (...) se ejecutan en tierras de las comunidades (...) toda vez que solo en este caso el otorgamiento de la concesión será susceptible de incidir en el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales, o la relación con sus tierras indígenas"[86].

En este sentido, la constitución de servidumbres sin que el concesionario tenga autorización de ejecutar acciones que puedan afectar a los pueblos indígenas hasta no tener aprobada la autorización ambiental tampoco tendría la entidad de producir un efecto significativo en los pueblos indígenas porque el solo efecto de inscribir dichas servidumbres en el Conservador no produce un efecto significativo sobre los pueblos indígenas en sí mismo, si no va acompañado de las acciones propias del ejercicio de la concesión, las que no podrán ejecutarse antes de obtener los permisos ambientales respectivos, debido a que la imposición de una determinada servidumbre sobre un predio no exime al que la impone de tener que obtener los permisos ambientales, en los casos establecidos en el art. 10° de la ley Nº 19.300.

Además, debe agregarse en el análisis que los predios indígenas gozan en muchos casos de la limitación establecida la ley Nº 19.253, en virtud del cual estos

[86] Ley Nº 19.657..., *op. cit.*, art. 25°.

Actualidad Juridica 36.indd 377 01-09-17 11:59

"no pueden no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia"[87].

por tanto la constitución de las servidumbres, en sí misma, produce un efecto todavía menor, toda vez que no afectaría o restringiría una eventual enajenación de los predios, debido a que parte importante de ellos no puede ser enajenado o tiene serias restricciones para ello.

Dicho impacto solo podría ser producido, directamente, si la construcción de una central de energía geotérmica no fuese de aquellos proyectos que requieren de una resolución de calificación ambiental para poder ser ejecutados.

Sin embargo, es dudoso que un proyecto de menos de 3 MW pueda realmente producir un impacto significativo en los pueblos indígenas y, aun, en el caso en que este efecto fuese significativo, de acuerdo con lo señalado en las letras anteriores, el decreto de concesión no otorga a la administración el margen de discrecionalidad suficiente para negociar con los pueblos indígenas.

e) Que dicho impacto sea específico sobre los pueblos indígenas en su calidad de tales afectando el ejercicio de sus tradiciones y costumbres ancestrales, prácticas religiosas, culturales o espirituales o la relación con sus tierras indígenas.

En virtud de lo dispuesto en la letra d) anterior, si el acto administrativo concesión de exploración o explotación de energía geotérmica no es susceptible ser causa directa de un impacto sobre los pueblos indígenas, por los mismos motivos esgrimidos en la letra anterior, no podrá producir un impacto específico sobre los pueblos indígenas.

Dicho impacto solo podría ser producido, eventualmente, si la construcción de una central de energía geotérmica no fuese de aquellos proyectos que requieren de una resolución de calificación ambiental para poder ser ejecutados.

Sin perjuicio de lo anterior, el decreto de concesión de energía geotérmica tampoco sería un acto jurídico susceptible de ser objeto de un proceso de consulta indígena, por cuanto, como observamos en la letra c) anterior, no se dicta en el ejercicio de una potestad discrecional que permite al órgano responsable llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas.

f) Que no se trate de medidas dictadas en situaciones de excepción o emergencia, incluyendo terremotos, maremotos, inundaciones y otras catástrofes naturales, actos de mero trámite y las medidas de ejecución

[87] Ley Nº 19.253 que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, publicada el 5 de octubre de 1993, art. 13 inc. 1°.

Actualidad Juridica 36.indd 378 01-09-17 11:59

material o jurídica o de actos que no producen un efecto material o jurídico directo respecto de terceros, puesto que el Decreto 66 excluye expresamente a estos actos del deber de consulta.

En este sentido, el decreto de concesión de energía geotérmica no es que aquellos actos dictadas en las circunstancias señaladas en el párrafo anterior.

Conclusiones

1. Desde su aprobación en el año 2008, el Convenio OIT 169 ha cambiado la relación entre los pueblos indígenas, el Estado y los proyectos de inversiones, otorgándole a los primeros un derecho procedimientos de consulta indígena cada vez que sus derechos sean susceptibles de ser afectados.
2. En virtud de las consecuencias de autoejecutabilidad del art. 6ª numeral 1) del Convenio, el gobierno se vio obligado regular el derecho a la consulta indígena de manera urgente, por lo que se decidió a hacerlo a través de dos reglamentos.
3. Ello es perfectamente legal, pero tiene las limitaciones propias del ejercicio de la potestad reglamentaria: no poder modificar normas jurídicas con rango de ley, y no poder incorporar otros artículos del Convenio OIT 169 a nuestra legislación sustantiva, como son, por ejemplo, la posibilidad de repartir beneficios entre los proyectos de inversión y las comunidades locales.
4. En relación con la materia específica de esta investigación, se buscó hacer un análisis jurídico respecto de la pertinencia de hacer una consulta indígena durante la tramitación de una concesión de explotación de energía geotérmica, donde, a nuestro juicio, queda bastante acreditado que este acto jurídico no es de aquellos que puedan ser consultados, debido a que, en el caso de las concesiones de explotación de energía geotérmica otorgadas por el Ministerio de Energía previa solicitud de un particular, esta repartición no cuenta con el ámbito de discrecionalidad suficiente para llegar a un acuerdo con los pueblos indígenas, ni tampoco se produce, respecto de la generalidad de las concesiones de explotación de energía geotérmica, una afectación directa a los pueblos indígenas en su calidad de tales.
5. Si bien resulta comprensible que el Ministerio de Energía, en pos de una política de apertura y diálogo con las comunidades indígenas e, incluso, buscando evitar que las concesiones otorgadas sean luego objeto de recursos judiciales para anularlas, haya optado por efectuar procedimientos de consulta indígena respecto del otorgamiento de decretos de concesión de explotación geotérmica, en virtud del principio de juridi-

Actualidad Juridica 36.indd 379 01-09-17 11:59

cidad, ninguna magistratura, ni persona, ni grupos de personas, puede atribuirse autoridad o derechos distintos a aquellos se les hubieren otorgado expresamente.

Por tanto, si el Ministerio de Energía realiza una consulta indígena respecto del otorgamiento de uno o más decretos de concesión de explotación de energía geotérmica, no estando facultado para ello, estaría cometiendo una infracción al principio de juridicidad establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución, sin importar de las buenas intenciones o fundamentos que tenga para ello.

6. Es muy positivo que los proyectos de inversión que se ejecuten en lugares con presencia de pueblos indígenas puedan tener un acercamiento desde sus etapas más tempranas, con ellos y con las demás comunidades que los rodean.

   Por ello, se considera que el Estado, más que buscar estructurar un dialogo entre los pueblos indígenas, el Estado y los proyectos en dos o más consultas indígenas, debiera fomentar el diálogo constante entre los proyectos y las comunidades locales desde el inicio del proyecto hasta su cierre, representando un papel de garante y facilitador de un proceso de diálogo, que de protagonista del mismo, buscando que sean los proyectos de inversión y las comunidades quienes puedan llegar a acuerdos sobre la forma de desarrollar los proyectos e, incluso, la forma de repartición de los beneficios del mismo, interviniendo en los casos en que los procesos de diálogo tengan dificultades.

   Esto no significa que deba desaparecer su papel como ejecutor del proceso de consulta indígena, sino que implica que el acto administrativo que se dicte luego de un proceso de consulta indígena, refleje los acuerdos a los que haya llegado la comunidad y el proyecto de inversión, siempre que estos acuerdos hayan sido obtenidos de buena fe, bajo procedimientos apropiados, y respetando los derechos de las comunidades indígenas y no indígenas involucradas.

7. En el caso de las concesiones de energía geotérmica, se sugiere modificar la ley, simplificando el procedimiento de aprobación de la misma en el Ministerio de Energía, pero otorgándole el carácter de provisorio, haciéndolo definitivo solo una vez que se haya obtenido la aprobación ambiental, previa consulta indígena en los casos en que corresponda, pudiéndose modificar la extensión y condiciones de la concesión de explotación provisoria, en virtud de lo acordado en el procedimiento de evaluación ambiental.

8. Sin perjuicio de lo anterior, los procedimientos de consulta indígena no reemplazarán la iniciativa y la responsabilidad que tiene el titular de un proyecto de inversión para, desde los primeros hitos de desarrollo de un proyecto, generar y mantener lazos de confianza y respeto con las comunidades, indígenas y no indígenas, que lo rodean.

Actualidad Juridica 36.indd 380 01-09-17 11:59

Bibliografía

Anaya, James (2014): intervención en seminario "Convenio 169 OIT y Derechos de los Pueblos Indígenas", realizado por el Instituto de Investigación en Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales, el 14 de abril de 2014. Disponible en www.icso.cl/wp-content/uploads/2014/04/Seminario-James-Anaya-transcripci%C3%B3n.pdf [Fecha de consulta: 28 de mayo de 2017].

Anaya, James (2009): "Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas", presentado el 15 de julio de 2009, disponible en http://unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009_hrc_annual_report_sp.pdf. [Fecha de consulta: 28 de mayo de 2017].

Anaya, James (2013): "El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional", conferencia en el evento El rol de los Ombudsman en América Latina: El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, Lima, 25 de abril de 2013, disponible en http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional. [Fecha de consulta: 4 de junio de 2017].

Alarcón Jaña, Pablo (2000): *Discrecionalidad Administrativa* (Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur).

Biblioteca del Congreso Nacional (2008): "Historia de la Acuerdo Relativo al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas", adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5119/. [Fecha de consulta: 5 de junio de 2017].

Cea Egaña, José Luis (1984): "Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administrativa", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11: pp. 7-16.

Cordero Vega, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Legal Publishing).

Donoso Rodríguez, Sebastián (2012): "Pueblos Indígenas y Desarrollo de Proyectos Eléctricos", en Alejandro Vergara Blanco (coord.) *Actas de Derecho de Energía* N° 2-2012 (Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters): pp. 13-23.

Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2009): *Directrices sobre las cuestiones relativas a los Pueblos Indígenas* (Genova, United Nations, Publishing Service).

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2010): *Informe Anual 2010*; *Situación de los Derechos Humanos en Chile* Disponible en http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/41/informe_anual_2010.pdf?sequence=1. [Fecha de consulta: 26 de mayo de 2017].

Ministerio de Energía y Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GMBH (2014): "Energías Renovable en Chile. El potencial eólico, solar e hidroeléctrico de Arica a Chiloé" (Proyecto Estrategia de Expansión de las Energías Renovables en los Sistemas Eléctricos Interconectados, Santiago).

Poblete Vial, Julia (2007): *Actos y Contratos Administrativos* (Santiago, Editorial Lexis Nexis).

Actualidad Juridica 36.indd 381 01-09-17 11:59

Real Academia Española (2014): *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª edición, en línea. Disponible en http://dle.rae.es/ [Fecha de consulta: 28 de mayo de 2017].

Soto Kloss, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo; Temas Fundamentales* (Santiago, Editorial Legal Publishing).

Virga, Pietro (2001): *Diritto Amministrativo 2 Atti e Ricorsi* (Sexta Edición, Italia,Giuffré Editore), en Mardones Osorio, Marcelo (2013); "Las concesiones de exploración geotérmica (un supuesto de discrecionalidad técnica)"; en *Actas de Derecho de Energía 2013* (Santiago, Thompson Reuters) pp. 315-316.

Normas

Decreto N° 236 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Promulga el Convenio Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional Del Trabajo, *Diario Oficial*, 14 de octubre de 2008.

Decreto N° 98 del Ministerio de Energía, Otorga Concesión de Explotación de Energía Geotérmica a Inversiones Puyehue Limitada, en el Área Denominada "Trinidad III", Ubicada en la Región de los Lagos, provincia de Osorno, comuna de Puyehue, *Diario Oficial*, 16 de enero de 2017.

Ley Nº 19.657 sobre Concesiones de Energía Geotérmica, *Diario Oficial*, 7 de enero de 2000.

Decreto supremo N° 114 del Ministerio de Energía, aprueba Nuevo Reglamento para la Aplicación de la Ley Nº 19.657, sobre Concesiones de Energía Geotérmica y deroga Decreto Nº 32, de 2004, del Ministerio de Minería, *Diario Oficial*, 8 de marzo de 2013.

Ley Nº 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2003.

Instructivo Presidencial N° 5 que implementa iniciativas de Re Conocer: Pacto Social por la Multiculturalidad", del Gabinete Presidencial, de fecha 25 de junio de 2008.

Decreto supremo N° 124, del Ministerio de Planificación, Reglamenta el artículo 34 de la Ley Nº 19.253 a Fin de Regular La Consulta y la Participación de los Pueblos Indígenas, *Diario Oficial*, 25 de septiembre de 2009.

Decreto N° 66 del Ministerio de Desarrollo Social, Regula el Procedimiento de Consulta Indígena en Virtud del artículo 6 Nº 1 letra A) y Nº 2 del Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo, publicado el 4 de marzo de 2014.

Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 4 de marzo de 1994.

Decreto supremo Nº 30 de 2012, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental, publicado el 12 de agosto de 2013,

Ley Nº 19.253 que establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, publicada el 5 de octubre de 1993.

Actualidad Juridica 36.indd 382 01-09-17 11:59

Oficio ordinario Nº 3303 del Ministerio de Desarrollo Social, de fecha 2 de julio de 2014.

Jurisprudencia

Corte Suprema (2011): Rol N° 258-2011, 13 de julio de 2011.

Corte Suprema (2010): Rol N° 4078-2010, 14 de octubre de 2010.

Tribunal Constitucional (2010): Rol N° 309-2000, 4 de agosto de 2000.

Corte de Apelaciones de Santiago (2012): Rol N° 12.533-12, de 16 de noviembre de 2012. Sentencia confirmada por la Corte Suprema, rol N° 9527-12, de 17 de enero de 2013).

Tribunal Constitucional (2008): Rol N° 1050-2008, 3 de abril de 2008.

Actualidad Juridica 36.indd 383 01-09-17 11:59

LEY Nº 20.945 Y EL DELITO DE COLUSIÓN MODIFICACIONES AL RÉGIMEN SANCIONATORIO Y LA IMPORTANCIA DE LA PREJUDICIALIDAD

LAW Nº 20.945 AND THE COLLUSION CRIME SANCTIONING REGIME MODIFICATIONS AND THE IMPORTANCE OF THE PREJUDICIALITY

Diego Vicuña Donoso[*]

"...la colusión constituye, de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia, la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas"[1]

Resumen: El 30 de agosto de 2016, se publicó en el *Diario Oficial* la Ley Nº 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. Dentro de sus modificaciones más relevantes se encuentran aquellas que endurecen el régimen sancionatorio, elevando el monto máximo de las multas e incorporando la sanción penal para el delito de colusión. El principal foco de conflicto legislativo, y materia de análisis de esta publicación, fue la decisión del legislador de establecer como requisito previo a la interposición de la querella el contar con una sentencia definitiva ejecutoriada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Palabras clave: Colusión – Régimen sancionatorio – Multas – Sanción penal – Requisito previo a la interposición de la querella.

Abstract: On August 30th of 2016, the law Nº 20.945, wich perfects free competition defense system, was published in the Official Newspaper (Office of the Federal Register in USA). Among its most relevant modifications are those

[*] Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; asesor del Programa Legislativo Fundación Jaime Guzmán. Correo electrónico: dvicuna@fjguzman.cl

[1] Corte Suprema (2010): Rol 1746-2010.

Actualidad Juridica 36.indd 385 01-09-17 11:59

that harden the sanctioning regime, raising the maximum amount of fines, and incorporating the criminal penalty for the collusion crime. The main focus of legislative conflict, and subject of analysis of this publication, was the legislator decision to establish as a prerequisite to the interposition of the complaint to have a final judgment enforced before the Court of Defense of Free Competition.

Key words: Collusion – Sanctioning regime – Fines – Criminal penalty – Prerequisite to the interposition of the complaint.

* * *

Introducción

El día 19 de marzo del año 2015, y dando cumplimiento a una de las promesas contenidas en su programa presidencial[2], la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, envió al Congreso Nacional un proyecto de ley para modificar el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia[3].

La iniciativa tuvo por objetivo, tal como lo consigna el mensaje enviado a la Cámara de Diputados, efectuar algunos ajustes en la institucionalidad chilena de libre competencia, a fin de prevenir y sancionar adecuadamente las prácticas anticompetitivas. Gran parte de los cambios legales propuestos fueron promovidos por la comisión asesora presidencial para la defensa de la libre competencia[4], presidida por Francisco Rosende Ramírez e incorporados en el programa de gobierno de la Presidenta de la República.

El proyecto tuvo una tramitación de más de dieciséis meses en el Congreso, sumando la discusión en la Cámara de Diputados, Senado, y la posterior Comisión Mixta. Fueron tres trámites legislativos que incluyeron la revisión por parte de las comisiones de Economía, Fomento y Turismo; Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y Hacienda de ambas Cámaras. Luego de cumplir con el trámite de control obligatorio ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC)[5], fue publicada en el *Diario Oficial*, con fecha 30 de agosto del año 2016[6].

Relevante para el análisis resulta considerar que durante el primer trámite constitucional, más específicamente durante el debate en la Comisión

[2] Programa de gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018 (2013), p. 61.

[3] *Boletín* Nº 9950-03. Para conocer la tramitación completa del proyecto, se puede recurrir al siguiente vínculo www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362&prmBoletin=9950-03.

[4] Informe de la comisión asesora presidencial para la defensa de la libre competencia (2012).

[5] Tal como se consigna en el artículo 93 Nº 1 de la *Constitución Política de la República*.

[6] Ley Nº 20.945, Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia.

Actualidad Juridica 36.indd 386 01-09-17 11:59

de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, la opinión pública conoció la llamada "colusión del papel *tissue*", entre empresas productoras de papel higiénico, lo que, indefectiblemente, modificó el cronograma de tramitación de la iniciativa, acelerando su vista y endureciendo las posiciones de los legisladores respecto a las medidas a implementar para disuadir a los agentes de mercado a coludirse y para ser más eficaces en la detección del ilícito.

El presente ensayo pretende realizar una revisión somera respecto a las modificaciones que trae consigo la nueva ley, y detenerse en los aspectos que generaron más controversia a lo largo de toda la discusión legislativa: las modificaciones al régimen sancionatorio y, en específico, la exigencia de una sentencia condenatoria, firme y ejecutoriada, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para que el Fiscal Nacional Económica, en uso de una atribución de su exclusiva competencia, pueda ejercer la acción penal por el delito de colusión[7].

Principales disposiciones de la ley Nº 20.945[8]

La ley aprobada contempla modificaciones a los siguientes cuerpos normativos:

- Decreto ley Nº 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia.
- Ley Nº 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.
- Ley Nº 7.421, que aprueba el *Código Orgánico de Tribunales*.

En este trabajo me referiré a las modificaciones al decreto ley Nº 211, las cuales son sustanciales, en especial respecto a las sanciones que se imponen a los agentes que atenten contra la libre competencia en los mercados.

En general, las modificaciones fueron las siguientes:

a) Aumento del monto máximo de las multas

En la legislación nacional previa a esta modificación, las multas por infringir normas de libre competencia tenían un tope de 20.000 UTA, el cual se aumentaba a 30.000 UTA si el ilícito cometido era un acto colusivo. La nueva

[7] La controversia fue tal que el debate respecto de la prejudicialidad se convirtió en el único aspecto en el cual no hubo acuerdo entre Cámara de Diputados y Senado, motivando la constitución de una comisión mixta, la cual zanjó las diferencias respecto al artículo 64 de la ley Nº 20.945.

[8] La ley también introduce cambios en materia de fusiones, al incorporar un nuevo Título IV al decreto ley Nº 211, "de las operaciones de concentración". Este tema no será abordado en el presente ensayo.

Actualidad Juridica 36.indd 387 01-09-17 11:59

ley establece que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el periodo por el cual esta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a 60.000 UTA[9].

b) Prohibición de contratar, a cualquier título, con órganos de la administración del Estado

Para el caso de los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, es decir, cuando exista colusión, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia podrá imponer la sanción de prohibición de contratar, a cualquier título, con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años, desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada[10].

c) Eliminación de la exigencia de que la práctica concertada confiera poder de mercado en los denominados "carteles duros"[11]

Con "carteles duros" se refiere a fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación. El proyecto de ley busca que la conducta de colusión sea sancionada por el solo hecho de cometerse, aun cuando no confiera poder de mercado al agente coludido. Ya no se hará un análisis del efecto anticompetitivo que la conducta produce en el mercado[12].

d) Criminalización de la colusión

A través de la incorporación de un nuevo Título V, "de las sanciones penales", se introduce la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor

[9] Ley Nº 20.945, artículo 26, letra c).

[10] *Op. cit.*, letra d).

[11] Si bien no existe en la ley Nº 20.945 una definición de carteles duros, se elimina la exigencia de que el acuerdo confiera poder de mercado a aquellos carteles que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación. Se seguirá exigiendo que el acuerdo confiera poder de mercado a los competidores cuando esos acuerdos consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.

[12] Ley Nº 20.945, artículo 3, letra a).

Actualidad Juridica 36.indd 388 01-09-17 11:59

en su grado mínimo, para quienes celebren u ordenen celebrar, ejecuten u organicen un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos. Asimismo, se establece una pena de inhabilitación absoluta temporal para ejercer el cargo de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, el cargo de director o gerente de empresas del Estado o en las que este tenga participación, y el cargo de director o gerente de una asociación gremial o profesional. Por su parte, la ejecución de las penas sustitutivas contempladas en la ley Nº 18.216 quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la que fuere sancionado[13].

Se establece, además, que las investigaciones de los hechos constitutivos del delito de colusión solo se podrán iniciar por querella formulada por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE), la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados, el Fiscal Nacional Económico deberá interponer querella. La interposición de la querella o la decisión de no formularla deberá tener lugar a más tardar en el plazo de seis meses, contado desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En caso que el Fiscal Nacional Económico decida no querellarse por un delito de colusión ya establecido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberá emitir una decisión fundada. Sin embargo, la querella se deberá interponer en aquellos casos en que se tratare de hechos que comprometieren gravemente la libre competencia en los mercados[14].

e) Fortalecimiento de la delación compensada

La delación compensada fue incorporada por la ley Nº 20.361 de 2009, y consiste en que la persona que sea parte de una colusión que aporte a la FNE antecedentes que conduzcan a la acreditación de ella y a la determinación de los responsables, podrá acceder a una exención o reducción de la multa correspondiente.

El primero que aporte tales antecedentes, que deberán ser precisos, veraces y comprobables, podrá optar a la exención de la multa, mientras que el

[13] Ley Nº 20.945, artículo 62.
[14] *Ibid*.

Actualidad Juridica 36.indd 389 01-09-17 11:59

segundo, que deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por el primero, podrá optar a una rebaja de hasta un 50% de la multa[15].

El primer delator ante la FNE, que cumpla con todos los requisitos establecidos en la ley se eximirá también de la responsabilidad penal por el delito de colusión que tipifica la norma. A los siguientes delatores, que aporten antecedentes adicionales, se les podrá rebajar en un grado la pena determinada. Asimismo, respecto a estas personas no se aplicará la prohibición de acceso a las penas sustitutivas contempladas en la ley Nº 18.2016. Estos beneficios serán declarados y conferidos por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia[16].

f) Otras modificaciones relevantes

Dedicación exclusiva de los ministros titulares del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Faculta a la FNE para realizar estudios que permitan evaluar la competencia en los mercados.

Establecimiento de sanciones para quienes entorpezcan las investigaciones de la FNE.

La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación de una sentencia definitiva ejecutoriada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se interpondrá ante el mismo tribunal.

Se prohíbe el *Interlocking*, es decir, una persona no podrá participar en cargos ejecutivos o de director de empresas competidoras entre sí, siempre que tales empresas superen las 100.000 UTM anuales en ventas.

Las multas por infracciones a la libre competencia prescribirán en el plazo de dos años contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga.

Modificación al régimen sancionatorio

I. Antecedentes

A) Sanciones en la legislación chilena

El decreto ley Nº 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia, publicado en diciembre de 1973 en busca de la eficacia del sistema que se creaba, estableció penas privativas de libertad a los infractores e, incluso, se las aumentó a quienes cometieran delito en el ámbito de los bienes o servicios de primera necesidad[17].

[15] Ley Nº 20.945, artículo 39 bis.
[16] *Op. cit.*, artículo 63.
[17] Bernedo (2013), p. 69.

Actualidad Juridica 36.indd 390 01-09-17 11:59

Su artículo primero establecía[18]:

> "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Con todo, cuando este delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumentará en un grado".

En cuanto a las multas, estas se regularon en el artículo 17, y se estableció que se podrían aplicar:

> "hasta por una suma equivalente a ciento cincuenta sueldos vitales anuales, escala A) del departamento de Santiago (...). Las multas se regularán discrecionalmente según sea el capital en giro de los autores de la infracción y la gravedad de ella, atendiendo principalmente al perjuicio causado a la colectividad"[19].

Asimismo, se incorporó dentro de un listado no taxativo de delitos atentatorios contra la libre competencia cualquier arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

Al incorporarse a la figura de *eliminar* las figuras de *restringir* o *entorpecer* la libre competencia, y en concordancia con el artículo 1 del DL Nº 211, bastaba que un hecho o acto tuviese la intención de eliminar o entorpecer la libre competencia para proceder a castigarlo, sin que fuera una condición necesaria la verificación de un resultado concreto[20].

Con la aprobación de la ley Nº 19.911, en el año 2003, además de crearse el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, reemplazante de las Comisiones Preventivas y Resolutivas, propias del DL Nº 211, se modificó la descripción de las conductas anticompetitivas, a través de una tipificación de conductas anticompetitivas concretas y se ajustó el régimen sancionatorio.

Se eliminó la sanción penal, que no había sido utilizada en treinta años de existencia, debido, principalmente, a que los estándares probatorios necesarios para aplicar una pena privativa de libertad eran altamente exigentes. Así, se optó por dejar únicamente las infracciones administrativas, pero aumentando el monto de las multas, de diez a veinte mil unidades tributarias anuales[21]. Se estableció como criterio para la determinación del monto de

[18] Artículo 1, decreto ley Nº 211, de 1973.

[19] Esta multa fue modificada por el decreto ley Nº 2.760, de 1979, el cual determinó mayores montos para las multas, estableciéndose un máximo de diez mil unidades tributarias anuales.

[20] Bernedo (2013), p. 70.

[21] *Op. cit.*, p. 164.

Actualidad Juridica 36.indd 391 01-09-17 11:59

las multas "el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor"[22]. La justificación a esta modificación se encuentra en la historia de la ley Nº 19.911:

> "El proyecto opta por eliminar la descripción de las conductas que constituyen tipos penales, por estimar que resultan incompatibles actualmente con el complejo escenario en que se desenvuelven los agentes económicos, y que la experiencia internacional sobre la materia aconseja que cada caso debe ser estudiado en su propio mérito, de acuerdo con sus particularidades y complejidades, por lo que estima procedente establecer una norma amplia con ejemplos básicos, para que los integrantes del tribunal decidan en cada caso qué conducta constituye un atentado a la libre competencia. Se propone al respecto aumentar sustancialmente las multas y hacer solidariamente responsables de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas infractoras, lo que, estima el proyecto, va a disuadir en forma más eficaz a los potenciales infractores"[23].

La reforma de 2009, contenida en la ley Nº 20.361, elevó el monto de las multas, pero exclusivamente para los acuerdos colusivos, de veinte mil a treinta mil unidades tributarias anuales. Asimismo, en una modificación relevante para la consideración de las sanciones que se imponen por ilícitos anticompetitivos, la ley incorporó la figura de la delación compensada, permitiendo que quienes aportaran antecedentes a la FNE respecto a su participación en un cartel, podrían acceder a una reducción o exención de la multa. Por su parte, se le entregó a la FNE mayores atribuciones y herramientas para investigar posibles ilícitos, lo que le permitiría cumplir con los altos estándares probatorios que se exigían.

B) Sanciones en la legislación extranjera[24]

Las dos principales legislaciones que se observan en materia de libre competencia, y que sirvieron a Chile para modificar su régimen sancionatorio, son las de Estados Unidos y la Unión Europea.

En Estados Unidos, la multa corresponde al doble del beneficio económico obtenido por el infractor, o el doble de las pérdidas causadas a la víc-

[22] Ley Nº 19.911, artículo 17 K.

[23] *Historia de la ley* Nº 19.911, p. 32.

[24] Información obtenida de los siguientes documentos:

- Presentación Fiscalía Nacional Económica ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, Boletín Nº 9950-0.
- Presentación Ministerio de Economía ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, boletín Nº 9950-03.
- Presentación Menchaca (2015a).
- Centro de Estudios Plural (2015).

Actualidad Juridica 36.indd 392 01-09-17 11:59

tima. Sin embargo, se establece un tope máximo para el pago de dichas multas, de cien millones de dólares para las personas jurídicas, y un millón de dólares para las personas naturales. Asimismo, se contempla una sanción penal, consistente en hasta diez años de cárcel.

Desde 1990 a 2010, se recaudaron 6,2 billones de dólares por multas a personas jurídicas y setenta y cuatro millones de dólares por multas pagadas por personas naturales. Por su parte, el Departamento de Justicia condenó penalmente a trescientas sesenta y siete personas, por un total de 186.363 días de prisión, lo que equivale a quinientos diez años.

Aún con esas cifras, se considera que el sistema estadounidense debe quintuplicar las sanciones, debido a que cartelizarse sigue siendo rentable[25].

En cuanto a la Unión Europea, no se establece sanción penal, sino que únicamente administrativa. Esta corresponde al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de negocios, con un tope de 10% de la facturación total de la empresa en el último año.

Entre los años 2008 y 2012 se recaudaron más de 8,7 billones de euros por concepto de multas pagadas por quienes cometieron ilícitos anticompetitivos.

En ambas legislaciones se tiene incorporado el mecanismo de delación compensada.

C) Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia

La Comisión Asesora, convocada por la administración del expresidente Sebastián Piñera, reconoció la necesidad de perfeccionar las normas relativas al régimen sancionatorio contenido en el decreto ley Nº 211, con la finalidad de establecer nuevas sanciones a las personas naturales, jurídicas o de ambas clases que participen en la ejecución o elaboración de actos anticompetitivos.

> "Así, se recomienda que las multas a las empresas envueltas en prácticas lesivas a la competencia sean establecidas de acuerdo con una estimación de los beneficios obtenidos como consecuencia de las mismas, más un monto que actuaría como disuasivo. Dado las dificultades prácticas que involucra disponer de mediciones certeras y oportunas del 'beneficio monopólico', se recomienda que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia adopte una política de multas basada en un porcentaje de las ventas materializada por los partícipes del ilícito"[26].

Respecto de la incorporación de la sanción penal a la legislación de libre competencia, no hubo acuerdo al interior de la Comisión Asesora Presidencial. No obstante, quedó de manifiesto que el artículo 285 del *Código Pe-*

[25] Connor y Lande (2012).

[26] Ministerio de Economía (2012), p. 4.

Actualidad Juridica 36.indd 393 01-09-17 11:59

nal[27] se constituye como el principal obstáculo que plantea el ordenamiento jurídico chileno en cuanto a la penalización de actos anticompetitivos, al generar incertidumbre acerca de las sanciones asociadas a las conductas lesivas a la competencia, arriesgando la eficacia de la delación compensada.

> "Por un lado, existe la posibilidad –defendida por varios miembros de la Comisión– de no incorporar explícitamente sanciones penales en la legislación de defensa de la libre competencia. Ello sobre la base de la reciente adopción de un marco institucional que al elevar las multas y potenciar la labor de la Fiscalía Nacional Económica, pareciera estar funcionando adecuadamente, aun cuando requiere de algún período adicional para su consolidación. Por otro lado, algunos miembros de la Comisión argumentaron la conveniencia de establecer –de un modo explícito– sanciones penales en la legislación referida. Ello actuaría –a juicio de sus impulsores– de un modo más efectivo en la contención de las prácticas anticompetitivas"

D) Programa presidencial Michelle Bachelet

El programa de gobierno de la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, contempló expresamente la modificación del régimen sancionatorio para quienes atenten contra la libre competencia en los mercados. En específico, el programa presidencial señala lo siguiente[28]:

> "*Sanciones en temas contenciosos.* Cambiaremos el tope máximo de las sanciones por porcentaje de ventas obtenidas; introduciremos una sanción adicional para personas involucradas de inhabilitación para directorios, organismos públicos, asociaciones gremiales y colegios profesionales y una sanción adicional para empresas involucradas, excluyéndolas de participar en licitaciones del Estado".
>
> "*Reforzamiento de normas contra colusión*. Evaluaremos la inclusión de un tipo penal explícito para carteles más gravosos para los mercados, que sancione los acuerdos entre competidores que les confieran poder de mercado".

II. Régimen de multas

"La multa debe implicar al infractor al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber infringido la ley"[29]. La conclusión adoptada por la Corte

[27] Artículo 285 del *Código Penal*: "Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación, sufrirán penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales".

[28] Programa de gobierno Michelle Bachelet 2014-2018 (2013), p. 61.

[29] Corte Suprema (2010): Rol 277-2010.

Actualidad Juridica 36.indd 394 01-09-17 11:59

Suprema puso de relieve la necesariedad de modificar tanto el monto máximo de las multas como la forma de cálculo.

El tope de 30.000 UTM anuales de multa para el ilícito de colusión, y de 20.000 UTM para los demás ilícitos anticompetitivos, vigente hasta el año 2016, fue modificado por un sistema que permite al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia optar por una multa que puede ascender hasta el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el periodo por el cual esta se haya extendido o por una multa que puede ascender al doble del beneficio económico obtenido por el infractor.

El límite que se contemplaba era relativamente bajo en comparación con otras jurisdicciones, permitiendo que los propios empresarios consideraran que el grado de disuasión de las sanciones establecidas en el decreto ley Nº 211 fuese muy bajo, permitiendo que en un caso concreto sea más rentable pagar la multa que abstenerse de realizar el acto colusivo. Asimismo, se dejó constancia de que las multas las paga la compañía, cuando la colusión es realizada por las personas[30].

Además, el promedio de las sanciones aplicadas por los tribunales[31] se mantuvo sustancialmente por debajo del máximo permitido por la ley[32].

Para que las multas tengan efecto disuasivo en relación con las conductas anticompetitivas, deben ser lo suficientemente altas para que los costos asociados al pago de ella sean mayores que los beneficios de violar la ley[33].

El cambio normativo permite evitar que se le entregue a las empresas la mala señal de que es rentable conformar un cartel. La modificación de la forma en que se calcula el monto de las multas –eliminando el tope– no permite que la cartelización sea beneficiosa para los infractores, constituyendo un importante disuasivo para el ejercicio de prácticas anticompetitivas.

Sin embargo, hubiese sido aconsejable imitar el límite de multas establecido por la Unión Europea, es decir, al tope del 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el periodo por el cual esta se haya extendido, incorporar un nuevo límite máximo, equivalente al 10% de las ventas totales de la empresa en el último año. Si bien la experiencia internacional aconseja elevar el monto máximo de las multas, para evitar que la cometer la infracción sea beneficioso, el monto de la sanción no puede poner en riesgo la compensación de los daños

[30] Deloitte (2014), pp. 16-17.

[31] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Corte Suprema.

[32] Ministerio de Economía (2012), p. 10, sobre la base de antecedentes aportados por el profesor Ricardo Jungmann, quien señaló que los montos máximos de las multas aplicadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia hasta el año 2010 no superaban el 30% del máximo permitido por la ley.

[33] Agostini (2015), p. 3.

Actualidad Juridica 36.indd 395 01-09-17 11:59

producidos a los consumidores o a los agentes económicos afectados, así como tampoco puede poner en riesgo la viabilidad de la empresa[34].

II. Sanción penal

> "Un criminal de cuello y corbata tiene mayor temor a ir a la cárcel que un delincuente común. Y no estoy diciendo que este no lo tenga, una persona que cometió un robo o un asalto tampoco quiere ir a la cárcel. Sin embargo, el delincuente de cuello y corbata tiene más que perder al ir a la cárcel, su reputación en la comunidad de negocios y en su entorno social, sus altas condiciones de vida, el solo hecho de estar en la cárcel y tener un número en la espalda disminuye el tremendo ego que siempre está involucrado en estas personas exitosas"[35].

La ley Nº 20.945 repone la sanción penal, la cual había sido derogada de la legislación chilena el año 2003[36]. Sin embargo, la reposición es exclusiva respecto al delito de colusión, sancionándolo con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Así, se garantiza el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho Penal, reservando la acción penal solo para la conducta que posee un mayor grado de lesividad[37].

Dentro de las faltas a la libre competencia, la colusión es la más grave. Ella priva a los consumidores de contar con mercados competitivos que le permitan pagar precios justos por los bienes y servicios que adquieren[38].

En ese contexto, la necesariedad de incorporar sanciones penales para quienes atentan contra la libre competencia ha sido crecientemente argumentada, ya que las multas no constituirían un disuasivo suficiente para desincentivar la formación de carteles, mientras que la pena de cárcel si lograría tal objetivo[39].

Asimismo, la pena de cárcel se recomienda fundamentalmente porque es una sanción para la persona natural, que la empresa no puede costear, como sí lo hace con las sanciones administrativas[40]. La prisión es un costo privado no traspasable por el afectado[41].

Sin embargo, la existencia de la sanción penal para el delito de colusión podría generar el debilitamiento de la herramienta fundamental para la detección de los carteles, la delación compensada, toda vez que difícilmente

[34] Menchaca (2015b), p. 5.

[35] Wheeler (1980), p. 17.

[36] Se debe recordar que entre 2003 y la promulgación de esta ley, el Ministerio Público utilizó, sin éxito, el artículo 285 del *Código Penal* para querellarse por delitos de colusión.

[37] Chahuán (2015), p. 5.

[38] González (2015), p. 10.

[39] Werden y Simon (1987), p. 32.

[40] Recomendación OCDE.

[41] González (2015), p. 10.

Actualidad Juridica 36.indd 396 01-09-17 11:59

alguien esté dispuesto a autodenunciarse para eximirse de las multas, pero con el riesgo de que tal declaración no sea considerada en el proceso penal[42].

Tal incertidumbre fue correctamente solucionada por la ley Nº 20.945, al eximir totalmente de la sanción penal al primer delator. A los siguientes delatores que aporten antecedentes adicionales, se les podrá rebajar en un grado la pena determinada, permitiendo homologar las exenciones que se otorgan a los delatores respecto de la multa.

En cuanto al tipo penal, contemplado en el artículo 62 de la ley Nº 20.945[43], el legislador decidió configurar el delito de colusión como un delito de peligro abstracto, ya que no es necesario que se produzcan efectos anticompetitivos para aplicar la sanción prevista en la norma, bastando simplemente la celebración de acuerdos que posea alguna de las finalidades allí explicitadas[44].

Hubiese sido preferible, en atención a la consideración del Derecho Penal como *ultima ratio*, que el tipo penal para sancionar la conducta más grave que atenta contra la libre competencia considerara una afectación específica a la libre competencia en el mercado relevante, pasando de ser un delito de peligro a ser un delito de lesión, que requiere para su consumación que se acredite tal infracción.

Incorporación de la prejudicialidad como requisito para deducir la acción penal

I. Prejudicialidad

La prejudicialidad para el ejercicio de la acción penal tiene lugar en los casos donde el inicio de un determinado proceso está subordinado a una declaración judicial anterior[45]. Es decir, el resultado de la acción anterior se comporta como una cuestión prejudicial, que hace necesario obtener una determinada respuesta judicial para poder obtener la consecuencia jurídica siguiente[46].

En efecto, para obtener consecuencias jurídico-penales frente a un delito de colusión, es necesario contar con la actuación previa, la cual es una

[42] Deloitte (2014), p. 19.

[43] Ley Nº 20.945, artículo 62: "El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo".

[44] Chahuán (2015), p. 5.

[45] Gómez Orbaneja (1947), p. 133.

[46] Romero (2014).

Actualidad Juridica 36.indd 397 01-09-17 11:59

sentencia firme y ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia[47].

La decisión adoptada por el legislador resultó ser el aspecto más polémico de la tramitación en el Congreso, a tal punto que la discusión del artículo 64 de la ley Nº 20.945 fue zanjada en una comisión mixta constituida especialmente para dicho efecto, al surgir discrepancias entre lo aprobado por la Cámara de Diputados y lo aprobado por el Senado.

El articulado final en esta materia permite otorgar certeza jurídica y procesal tanto para los intervinientes del proceso como para la imposición de la pena, ya que será el tribunal especializado el que deberá acreditar el ilícito de colusión para poder tomar la decisión de si se inicia o no un proceso penal.

De haberse mantenido en la norma lo aprobado en primer trámite constitucional[48], se hubiese permitido que se sigan procedimientos criminales y administrativos paralelos respecto de los mismos hechos, según determine la FNE.

El permitir que dos tribunales diferentes juzguen los mismos hechos posibilita la existencia de sentencias contradictorias, una de condena y otra de absolución. Asimismo, en caso de ser ambas sentencias condenatorias, una persona sería sancionada dos veces por los mismos hechos[49] (vulnerando el principio de *non bis in ídem*).

---

[47] Ley Nº 20.945, artículo 64.

[48] Nuevo artículo 286 *quater* del *Código Penal*: "Las investigaciones de hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis sólo podrán ser iniciadas por querella de la Fiscalía Nacional Económica. El querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal.

Si los hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis pudieren ser sancionados con las medidas contempladas en el artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 211, de 1973, el Fiscal Nacional Económico podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva querella y/o presentar requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

La circunstancia de haberse iniciado procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por requerimiento del Fiscal Nacional Económico, no será impedimento para que éste pueda interponer querella en relación con hechos constitutivos del delito establecido en el artículo 286 bis.

El Ministerio Público informará a la Fiscalía Nacional Económica, en el menor plazo posible, los antecedentes de que tomare conocimiento con ocasión de las investigaciones de hechos constitutivos de otros delitos que pudieren relacionarse con el delito contemplado en el artículo 286 bis.

Si no se hubieren proporcionado los antecedentes sobre este delito, la Fiscalía Nacional Económica los solicitará al fiscal del Ministerio Público que tuviere a su cargo el caso, con la sola finalidad de decidir si interpondrá querella. De rechazarse la solicitud, la Fiscalía Nacional Económica podrá concurrir ante el respectivo juez de garantía, quien decidirá la cuestión mediante resolución fundada".

[49] Menchaca (2015b), p. 3.

Actualidad Juridica 36.indd 398 01-09-17 11:59

Por su parte, si bien las investigaciones por hechos constitutivos del delito de colusión solo podrían ser iniciadas por el Fiscal Nacional Económico, la investigación propiamente tal se desarrollaría de forma paralela por el Ministerio Público y la FNE, pudiendo ser juzgado el agente coludido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y por los juzgados de garantía o Tribunal del juicio oral en lo penal. A la ya difícil coordinación que deben tener ambas instituciones, se suma el aumento de los costos tanto para el aparato público como para los agentes privados se multiplican. Tal situación podría llevar a que los costos sociales del sistema superen los beneficios de duplicar los procedimientos[50].

Las dificultades de incorporar procedimientos paralelos fueron muy bien explicadas por el aquel entonces presidente del Tribunal de la Libre Competencia, Tomás Menchaca:

> "la investigación de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) puede ser más técnica que la del Ministerio Publico y, por ende, la sanción del TDLC puede ser distinta a la de los tribunales penales. Eso aparte de mayores costos por la duplicidad de procedimientos en ambas instancias, que la menor especialidad del proceso penal podría derivar en menores sanciones y el curso penal puede estimular a las personas a acogerse al derecho de no auto incriminarse, lo que a su vez desincentiva la delación compensada que también intenta impulsar el proyecto de ley"[51].

En lo sustancial, la propuesta inicial presentada a la Cámara de Diputados tenía una aplicación procesal dificultosa, afectando la sólida institucionalidad chilena de persecución de carteles.

Los efectos de la existencia de juicios paralelos en sede de libre competencia y criminal fueron muy bien explicados por Nicole Nehme y Daniela Gorab[52]:

> "haría esperable que se invoquen ante el TDLC garantías propias de lo penal como el derecho a la no autoincriminación, a guardar silencio, exigencias de estándar de pruebas más altas y otros, que entorpecerían la labor del tribunal especializado –el que ha mostrado, hasta la fecha, aguda capacidad para leer comportamientos económicos, distinguir la calidad de testigos en materias comerciales y evaluar la seriedad de informes económicos–. Se generaría, así, el riesgo de una neutralización procesal de la capacidad de apreciación de la prueba que ha mostrado el TDLC. Alternativamente, y quizás en base a lo anterior, la FNE podría decidir terminar llevando todos los casos relevantes de colusión a la jurisdicción penal –no especializada–, sin intervención sustantiva de

[50] Menchaca (2015b), p. 4.
[51] Menchaca (2015c).
[52] Nehme y Gorab (2015), pp. 12-13.

Actualidad Juridica 36.indd 399 01-09-17 11:59

> los órganos de libre competencia; y, por ello, con riesgos de sub sanción (como sucede-ría cuando el tribunal penal pudiera exigir la concurrencia de elementos subjetivos que resultan impropios en los casos de competencia que se sancionan por su aptitud más que por su intencionalidad); o de sobre-sanción (por ejemplo, corriendo el riesgo de condenar como un cartel duro a prácticas concertadas o, peor inclusive, a conductas paralelas)".

II. Iniciativa exclusiva para ejercer la acción penal

La FNE tiene la facultad exclusiva de formular una querella en caso que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dicte sentencia firme ejecutoriada respecto a un acto colusivo[53].

El delito de colusión, contemplado en el artículo 62 de la ley Nº 20.945, se constituye como un delito de previa instancia particular, es decir, que requiere, dadas sus especiales características, un pronunciamiento previo para que los poderes públicos puedan perseguir el delito.

Es conveniente que el proceso penal sea gatillado por la FNE, ya que es la entidad especializada en materia de libre competencia, capaz de determinar si un acto colusivo puede ser probado en sede penal, mas teniendo en cuenta que la fase inicial de investigación, en la cual se recaban las pruebas, la lleva a cabo la FNE.

Asimismo, el extender la iniciativa al Ministerio Público para presentar querellas por el delito de colusión puede constituir otra forma de debilitamiento de la delación compensada. En el contexto de la utilización de esta herramienta para el procedimiento administrativo, la FNE obtiene información de carácter estratégico de las empresas, que puede ser muy útil para estimar daños, pero que serían irrelevantes en materia penal. De permitírsele al Ministerio Público acceder siempre a esta información, la disponibilidad de las empresas a cooperar para el desbaratamiento de los carteles se verá gravemente afectada[54], mas considerando que en caso de abrirse un proceso penal, quienes se hayan delatado en sede administrativa para acceder a la eximición o rebaja de la sanción penal, deben proporcionar al Ministerio Público o al tribunal competente los mismos antecedentes que previamente entregaron a la FNE[55].

[53] Ley Nº 20.945, artículo 64.
[54] Aydin y Figueroa (2016), p. 107.
[55] Ley Nº 20.945, artículo 64.

Actualidad Juridica 36.indd 400 01-09-17 11:59

Conclusiones

La economía de libre mercado, cuando es verdaderamente libre, permite la existencia de mercados competitivos para bienes y servicios. El resultado de la libre competencia es la asignación eficiente de recursos escasos, generando positivos efectos en el crecimiento económico, la productividad y la innovación de un país[56].

Todo ilícito anticompetitivo distorsiona los mercados, impidiendo su desarrollo eficiente y, por ende, perjudicando a los consumidores, al no poder ofrecerles productos de mejor calidad a un menor precio, impidiendo su bienestar. En este esquema, la colusión se configura como el atentado más dañino para la libre competencia y, lamentablemente, es el de más difícil detección.

Las empresas siempre tendrán incentivos para reducir o suprimir la competencia, con la finalidad de aumentar su poder de mercado[57]. Esto ya fue señalado por el premio Nobel de Economía sir John Hicks, quien expresó: "lo mejor de las utilidades monopólicas es una vida tranquila"[58].

Es por lo anterior que se justifica plenamente la incorporación a la legislación de nuevos mecanismos de disuasión –a través de las modificaciones al régimen sancionatorio del decreto ley Nº 211–, que permitan disminuir las prácticas anticompetitivas, en especial la colusión, la cual permite que las empresas ejerzan un poder de mercado que no podrían conseguir de otra manera, restringiendo la competencia de manera artificial.

La dificultad se encuentra en determinar cuál es el mecanismo[59] más adecuado para detectar y sancionar la mayor cantidad de casos de ilícitos anticompetitivos al menor costo posible, tanto para el mercado como para los consumidores[60]. A pesar de la necesariedad de las modificaciones sancionatorias, se debe cuidar la institucionalidad construida con la reforma de 2009, que hizo efectiva la delación compensada.

Este ensayo tuvo por objetivo dar cuenta de los argumentos que sustentan, en primer lugar, la decisión de reponer, en el artículo 62 de la ley Nº 20.945, la sanción penal para el delito de colusión en la legislación chilena. La evidencia de que las multas, aun cuando fueran más gravosas, seguirían siendo canceladas por las personas jurídicas y no por quienes cometieron el ilícito anticom-

[56] Acemoglu; Johnson y Robinson (2004).

[57] Agostini (2015), p. 2.

[58] Sir John Hicks (1935).

[59] Primordial para cualquier incorporación o aumento de sanciones, sean administrativas o penales, es la existencia de la delación compensada, por la cual se entrega inmunidad a quien reconoce su participación en una práctica colusiva, y entrega a la autoridad antecedentes serios de respaldo. Es, documentadamente, la política más eficiente para desbaratar carteles. Habrá menos incentivos para coludirse con otros cuando exista el riesgo de que uno de los miembros del acuerdo confiese su participación.

[60] Menchaca (2015b), p. 3.

Actualidad Juridica 36.indd 401 01-09-17 11:59

petitivo, obligó a establecer como nuevo mecanismo disuasorio la existencia de pena de presidio para las personas naturales participantes del acto colusivo, al considerarse que la sola existencia de multas no constituía un disuasivo suficientemente efectivo en la lucha contra los carteles.

En segundo lugar, se dio cuenta de los argumentos que permiten avalar la resolución adoptada por el legislador en cuanto a haber establecido el delito de colusión, como un delito de previa instancia particular[61]. El que se requiera de sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para que el Fiscal Nacional Económico pueda ejercer la acción penal permite fortalecer el mecanismo más eficiente en la detección y desbaratamiento de los carteles, como lo es la delación compensada[62]. Asimismo, dota de mayor certeza al proceso, tanto jurídica como procesal. Considerando que el delito de colusión requiere una calificación económica previa, el hecho que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia –tribunal técnico y especializado en la materia– tenga por acreditado el ilícito con anterioridad al inicio de la persecución penal, otorgaría certeza tanto en el juicio criminal y en la imposición de la pena. Ese mecanismo también mitiga el riesgo de que haya sentencias contradictorias, sea por diferentes valoraciones en materia probatoria, como por diferentes estándares de convicción judicial.

Así, la ley Nº 20.945, se constituye, a pesar de ser perfectible, en un buen complemento entre la mantención de la sólida institucionalidad chilena en materia de libre competencia y la incorporación de modificaciones en materia sancionatoria que permita inhibir la formación de carteles.

A modo de cierre, se debe recalcar que el objetivo principal de los cambios normativos contenidos en la ley Nº 20.945 es hacer más efectiva la persecución y desbaratamiento de los carteles, *a través*[63] de un aumento de las sanciones y penas. Esto es muy relevante, en especial para comprender la figura de la delación compensada, que permite eximirse de las sanciones a quienes se delaten ante la autoridad. El bien jurídico protegido es la libre competencia en los mercados, por lo que malamente el objetivo primordial de la iniciativa podría ser el aumento de sanciones y penas.

Bibliografía

Acemoglu, Daron; Johnson, Simon y Robinson James (2004): "Understanding Prosperity and Poverty: Geography, Institutions, and the Reversal of Fortune" en

[61] La previa instancia particular es aquella en que un delito, dada sus especiales características, exige que al menos medie una denuncia por parte de la víctima como condición indispensable para que los poderes públicos puedan perseguir el delito.

[62] Motta y Polo (2003), p. 21.

[63] El destacado es mío.

Actualidad Juridica 36.indd 402 01-09-17 11:59

Abhijit Vinayak, Roland Bénabou y Dilip Mookherjee (coord.) *Understanding Poverty* (Nueva York, Oxford University Press) pp. 19-37.

Agostini, Claudio (2015): "¿Cárcel para la colusión? 6 opiniones" en *Puntos de Referencia Centro de Estudios Públicos*, N°409: pp. 2-4.

Aydin, Umut y Figueroa, Nicolás (2017): "Carteles: propuesta para un combate efectivo a la colusión" en Ignacio Irarrázaval, Elisa Piña y Magdalena Letelier, *Propuestas para Chile 2016* (Santiago, CIP Pontificia Universidad Católica de Chile) pp. 87-120.

Bernedo, Patricio (2013): *Historia de la Libre Competencia en Chile 1859-2010* (Santiago, Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica) Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia_libre_competencia.pdf.

Connor, John y Lande, Robert (2012): "Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays" en *Cardozo Law Review*, Vol. 34 N° 2: pp. 427-490. Disponible en www.antitrustinstitute.org/sites/default/files/CONNOR.LANDE_.34.2.pdf.

Gómez Orbaneja, Emilio (1947): *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*: de *14 de septiembre de 1882 con la legislación orgánica y procesal complementaria* (Barcelona, Bosch).

González, Aldo (2015): "¿Cárcel para la colusión? 6 opiniones" en *Puntos de Referencia Centro de Estudios Públicos*, N°409: pp. 9-10.

Motta, Massimo y Polo, Michele (2003): "Leniency Programs and Cartel Prosecution" en *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 21 issue 3: pp. 347-379.

Nehme & Gorab (2015): "¿Cárcel para la colusión? 6 opiniones" en *Puntos de Referencia Centro de Estudios Públicos*, N°409: pp. 11-13.

Romero Seguel, Alejandro (2014): "Proceso civil y prejudicialidad administrativa" en *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 21 N° 2: pp. 377-400. Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532014000200011.

Werden, Gregory y Simon Marilyn (1987): "Why Price Fixers Should go to Prison" en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 32 N° 4: pp. 917-937.

Wheeler, Stanton (1980): "Sentencing the White-Collar Offender" en *American Criminal Law Review*, Vol. 17: pp. 479-500.

Normas

Ley Nº 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, de fecha 30 de agosto de 2016. Disponible en: www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1094093.

Ley Nº 19.911, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 14 de noviembre de 2003. Disponible en www.leychile.cl/Navegar?idNorma=217122.

Decreto Ley Nº 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia, de fecha 22 de diciembre de 1973. Disponible en www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5872.

Código Penal.

Actualidad Juridica 36.indd 403 01-09-17 11:59

Otras fuentes

Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018 (2013). Disponible en http://michellebachelet.cl/programa/.

Boletín Nº 9950-03, que modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, que Fija normas para la defensa de la libre competencia. Para conocer la tramitación completa del proyecto, se puede recurrir al siguiente vínculo: www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10362&prmBoletin=9950-03.

Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la defensa de la Libre Competencia (2012). Disponible en www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf.

Historia de la ley Nº 19.911, que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 14 de noviembre, 2003. Disponible en file:///C:/Users/Diego/Downloads/HL19911.pdf

Presentación Fiscalía Nacional Económica ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, *Boletín* Nº 9950-03, de fecha 13 de abril de 2015. Disponible en: www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=30563&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION.

Presentación Ministerio de Economía ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, *Boletín* Nº 9950-03, de fecha 07 de abril de 2015. Disponible en: www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=30372&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION.

Menchaca, Tomás (2015a), Presentación Seminario CEP, 27 de mayo de 2015. Disponible en www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304101250/presentacion_TMenchacaO.pdf.

Menchaca, Tomás (2015b): Minuta enviada a la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. Disponible en: www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=30627&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION.

Menchaca, Tomás (2015c): Exposición ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, 14 de abril de 2015.

Centro de Estudios Plural: Estudio sobre sanciones a los actos colusivos (2015). Disponible en www.emol.com/noticias/Economia/2015/11/11/758736/Como-se-castiga-la-colusion-en-otros-paises-del-mundo.html.

Deloitte (2014): "2º Estudio sobre la percepción del efecto disuasivo de las acciones de la Fiscalía Nacional Económica". Disponible en: www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio_percepcion.pdf.

Chahuán, Sabas (2015): Oficio 433/2015 enviado a la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, de fecha 6 de julio de 2015.

Jurisprudencia

Corte Suprema (2010): Rol Nº 1746-2010, 29 de diciembre de 2010.

Corte Suprema (2010): Rol Nº 277-2010, 02 de junio de 2010.

Actualidad Juridica 36.indd 404 01-09-17 11:59

TITULARIDAD SINDICAL EN LA NUEVA LEGISLACIÓN LABORAL. ELIMINACIONES Y RESABIOS

TRADE UNION'S OWNERSHIP IN THE NEW LABOR LAW. ELIMINATIOS AND TRACES

Sergio Morales Cruz[*]

Resumen: La titularidad sindical fue el principio rector para la nueva regulación en materia de Derecho Colectivo del Trabajo, la cual en un control preventivo fue declarada inconstitucional por parte del Tribunal Constitucional, eliminando, por ende, del proyecto de ley una serie de disposiciones relativas a la materia. Pese lo anterior, en la nueva normativa subsisten ciertos resabios de titularidad sindical que afectan directa e indirecta las libertades y derechos de que son titulares individualmente, independiente de su afiliación sindical, las cuales deben ser consideradas y corregidas vía legal o jurisprudencial.

Palabras Clave: Titularidad sindical – Reforma laboral – Incostitucionalidad – Resabios.

Abstract: Trade union's ownership was the guiding principle for the new regulation regarding collective labor law. However, in the exercise of its preventive control over new legislation, the Constitutional Court declared the unconstitutionality of this principle. As a result, a set of rules regarding the matter had to be eliminated from the regulation. Notwithstanding, some traces of trade union's ownership survive in the new regulation. These affect the rights and freedoms workers have individually, regardless of their union membership, and should be considered and corrected either by the law or the judiciary.

Key Words: Union Ownership – Labor Reform – Inconstitutionality – Aftertaste.

[*] Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Actualidad Juridica 36.indd 405 01-09-17 11:59

Nueva normativa laboral. Ley Nº 20.940

El pasado 1 de abril de 2017 entró en vigencia, en su totalidad, la ley Nº 20.940 que moderniza las relaciones laborales, conocida como la "reforma laboral".

Esta nueva regulación, que tuvo una larga tramitación en el Congreso Nacional, de más un año y medio, fue objeto de una serie de modificaciones durante el proceso legislativo, llegando, incluso, a ser materia de un requerimiento de control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional (en adelante TC).

Esta nueva normativa modifica sustancialmente muchas disposiciones relativas al Derecho Colectivo del Trabajo en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente en lo referente a negociación colectiva y derecho a huelga.

Dentro de las principales modificaciones que incorpora este nuevo libro IV al *Código del Trabajo* se cuentan:

- Eliminación del reemplazo externo e interno de trabajadores durante la huelga.
- Se establece que la extensión de beneficios de la negociación colectiva a nuevos afiliados y trabajadores no sindicalizados procederá solo previo acuerdo entre sindicato negociador y empleador.
- Regulación de servicios mínimos y equipos de emergencia durante la huelga.
- Establecimiento de pactos de adaptabilidad relativos a jornada ordinaria de cuatro días semanales y pactos relativos a trabajadores con responsabilidad familiar.
- Negociación colectiva a nivel empresa con sindicatos interempresa obligatoria para los empleadores, bajo ciertas condiciones.
- Regulación de la negociación colectiva para los trabajadores por obra o faenas superiores a doce meses.

Muchas de las normas de la actual normativa quedaron con ciertas ambigüedades e, incluso, se detectan una serie de lagunas legales que solo son posibles de comprender si consideramos el resultado de la eliminación de la titularidad sindical en la nueva ley por parte del TC.

Inconstitucionalidad de la titularidad sindical

Un grupo importante de parlamentarios de oposición, senadores y diputados, por separado, presentaron un requerimiento de constitucionalidad al TC para que este se pronunciara vía control *ex ante* respecto de algunos aspectos del proyecto de reforma laboral del gobierno, los cuales fueron acumulados en la causa rol: 3016 (3026)-2016.

Actualidad Juridica 36.indd 406 01-09-17 11:59

El fallo, en su parte medular, declaró inconstitucional la titularidad sindical, idea matriz y central del proyecto de ley del gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, así como el sistema de extensión automática de beneficios de la negociación colectiva por parte de los sindicatos a sus nuevos afiliados.

El proyecto de ley pretendía, desde su origen, modificar la actual normativa, entregando la titularidad o exclusividad de la negociación colectiva a las organizaciones sindicales.

La iniciativa legal señalaba que las partes de la negociación colectiva son los empleadores y las organizaciones sindicales[1], lo que, en otras palabras, implica que los trabajadores de una empresa solo tendrán derecho a negociar colectivamente representadas por este tipo especial de organizaciones, excluyendo, por defecto, la posibilidad de que los trabajadores opten por negociar a través de otras formas de colectivos como son los grupos negociadores o el nombramiento de delegados de personal.

En cuanto a la situación en que quedan los grupos negociadores, se disponía que solo en aquellas empresas en que no exista un sindicato con derecho a negociar, estos podrían hacerlo, pero no conforme a las reglas de la negociación reglada, que es la que otorga derechos como el fuero y la huelga, sino que por medio de un procedimiento distinto, denominado semirreglado, que carece de dichos derechos.

Esta figura que se intentó instalar en el ámbito legal, infringía, a juicio de muchos, abiertamente norma expresa constitucional, específicamente el artículo 19 número 16 de la *Constitución Política de la República de Chile*, que consagra, a propósito del derecho a la libertad de trabajo y su protección, el derecho a negociar colectivamente, señalando a su respecto en el inciso quinto:

> "La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados".

Esta norma, al relacionarla con el artículo 19 número 19 de la Constitución, que consagra el derecho a la sindicalización, al disponer:

> "La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria (...)",

junto con el derecho a huelga establecido en el artículo 19 número 16 inciso séptimo de la norma fundamental, que dispone:

[1] Artículo 1 numeral 23) que crea un nuevo 303°del *Código del Trabajo*. Proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al *Código del Trabajo*. *Boletín* 9835-13.

Actualidad Juridica 36.indd 407 01-09-17 11:59

> "No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional".

Forman los tres pilares en que descansa la libertad sindical: Negociación colectiva; derecho a la formación, afiliación, desafiliación y no afiliación sindical; y derecho a huelga.

Lo cierto es que del análisis de esta trilogía de normas se desprende que la titularidad de la libertad sindical descansa, en último término, en los trabajadores, entendidos como las personas naturales que prestan servicios intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo[2].

A lo anterior se suma que solo es posible vía legal determinar casos en que no será posible negociar, situaciones que deberán estar debidamente justificadas, y que solo pueden referirse a determinadas categorías de trabajadores por actividad o empleador y no a los trabajadores por el solo hecho de no ser parte de una organización sindical.

El derecho a negociar colectivamente como derecho de los trabajadores, queda reforzado, además, por el hecho de que el constituyente regula este derecho a propósito de la libertad de trabajo y no dentro del derecho de sindicación que se regula en otro numeral del catálogo de derechos fundamentales del artículo 19 de la Carta Fundamental, lo que evidencia el propósito diferenciador.

En virtud de lo anterior, la negociación colectiva debe ser entendida como un derecho de los trabajadores (titulares específicos del derecho fundamental) y no de las organizaciones sindicales, por lo que mal se hubiese podido torcer la voluntad del constituyente y la supremacía constitucional estableciendo la titularidad sindical que promovía el Ejecutivo mediante este proyecto de ley.

Claramente, no resulta lo mismo afirmar que la titularidad del derecho fundamental es del trabajador o de la organización sindical, debido a que al establecer la titularidad del derecho a la negociación colectiva en el sindicato se está trasladando dicha titularidad desde una persona natural a una organización sindical que técnicamente es un sujeto de derecho diverso, atendido que corresponde a una persona jurídica de Derecho Privado distinta de los miembros que lo componen, lo que es una afectación del Derecho en su esencia. Es decir, se estaría privando el ejercicio pleno del derecho, al establecérsele una modalidad o requisito previo para poder de este.

[2] Artículo 3° letra b) del *Código del Trabajo*.

Actualidad Juridica 36.indd 408 01-09-17 11:59

Ahora bien, al relacionar la libertad sindical con el derecho constitucional de asociación del artículo 19 número 15 de la C*onstitución Política de la República* que dispone:

> "La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de asociarse sin permiso previo.
>
> Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.
>
> Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. (...)".

y la libertad de conciencia reconocida en el artículo 19 número 6 de la norma fundamental al disponer:

> "La Constitución asegura a todas las personas: La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas. (...)".

Así, podemos concluir que, para garantizar ambos derechos, el Estado y los particulares un deben respetar el deber que de acuerdo con lo señalado les pesa, y que consiste en no obligar, de ningún modo, a una persona a pertenecer a una asociación o a un tipo específico de organización. Es por esto, que la titularidad sindical vaya en camino contrario a las libertades garantizadas en el ámbito constitucional.

Todo lo anterior se refuerza con el artículo primero de la Carta Fundamental, donde se sustentan las bases de la institucionalidad, que dispone:

> "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.
>
> La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.
>
> El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.
>
> El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.
>
> Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

Así, nuestra C*onstitución Política de la República* declara que cada persona es libre para agruparse del modo que estimen pertinente y en igualdad

Actualidad Juridica 36.indd 409 01-09-17 11:59

de oportunidades, conforme a sus propios valores, ideas o aspiraciones que no siempre están precisamente en manos de un sindicato.

En lo que se refiere al tipo de procedimiento de negociación colectiva, la norma constitucional en su artículo 19° número 16°, al señalar que la ley establecerá las "modalidades" de la negociación colectiva y los "procedimientos adecuados", en caso alguno puede implicar que el legislador dificulte o impida el ejercicio de la libertad sindical y la libertad de trabajo por medio de la regulación de estos aspectos de la negociación.

El proyecto de ley original, mediante las normas referentes a la titularidad sindical, lesionaba fuertemente el ejercicio de estos derechos, en consideración a que, por una parte, señalaba que solo los sindicatos podían negociar bajo la modalidad reglada y, por otro, que los trabajadores que opten por no negociar colectivamente vía afiliación o formación de nuevos sindicatos, perdían o, a lo menos, verían limitado considerablemente el derecho a la libre contratación en materia laboral, pues considerando las normas relativas a la extensión de beneficios y las prácticas antisindicales no podrán convenir libremente con su empleador mejoras en las condiciones de trabajo, sin que previamente el sindicato consienta en dicha negociación individual respecto de la que jurídicamente no debiera ser parte.

La titularidad sindical, en los casos en que exista un sindicato con derecho a negociar en la empresa, independiente de su representatividad (que en todo caso, por regla general, debe tener un mínimo de veinticinco trabajadores que representen al menos el 10% de los trabajadores con derecho a negociar), transformaba a las organizaciones sindicales en dueños de un monopolio absoluto, toda vez que se pretendía fijar por ley que solo estas entidades serían capaces de representar los intereses colectivos de los trabajadores, independientemente del derecho a la libertad de conciencia de cada trabajador respecto de las ideas, convicciones, políticas, religiosas o económicas.

Así, sería posible vislumbrar un escenario en que en una empresa de quinientos trabajadores, cincuenta forman un sindicato y los cuatrocientos cincuenta restantes optan libremente por no sindicalizarse. Por esta decisión de no sindicalizarse, que la libertad sindical en su variable negativa les reconoce a los trabajadores, estos perderían automáticamente su derecho a negociar como grupo o, bien, viendo, además, mermados de sobremanera su libertad para contratar individualmente con su empleador.

Este monopolio, en relación con el sistema de extensión de beneficios del proyecto de ley del Ejecutivo, condicionaba coactivamente la afiliación sindical, pues a quien quisiera desafiliarse o hubiera decidido no afiliarse le sería muy gravosa y perjudicial su situación laboral, afectando, por tanto, el núcleo de la libertad sindical, pues en caso de no afiliarse a un sindicato nuevo o existente torna el derecho a negociar colectivamente en un derecho irrealizable, imposible de ejercer.

Finalmente, respecto del caso excepcional en que en la empresa no existiera un sindicato con derecho a negociar y los trabajadores pudieran ne-

Actualidad Juridica 36.indd 410 01-09-17 11:59

gociar bajo la modalidad de grupo negociador, solo estarían habilitados para someterse a la modalidad semirreglada, que es una forma más precaria y desregulada de ejercicio del derecho a negociar colectivamente, toda vez que no proporciona a los trabajadores involucrados en ella del derecho a fuero durante el proceso y la posibilidad de ejercer el derecho a huelga.

Lo anterior da cuenta, a todas luces, de una vulneración a la igualdad ante la ley y la prohibición general de discriminación, consagrada tanto en el ámbito constitucional como en una gran cantidad de cuerpos legales, al generar una diferencia arbitraria que genera una diferencia insuperable frente al ejercicio de otra garantía fundamental como es la libertad de asociación.

Al reservar la negociación colectiva reglada a las organizaciones sindicales, observamos el intento de un nuevo cambio de titularidad de derechos constitucionales, en este caso del derecho a huelga, desde los trabajadores –que podrían ejercerlo como sindicato o grupo negociador– a las organizaciones sindicales de modo exclusivo.

Considerando lo anterior, con la titularidad sindical tal y como pretendió ser regulada en el proyecto, provocaba una captura de la mayoría por las minorías, un cambio de titulares del derecho a la libertad sindical, que tanto en su variante positiva como negativa, debiera descansar en los trabajadores y no únicamente en los sindicatos, lo cual implicaba una vulneración flagrante a la libertad sindical en dos de sus pilares fundamentales: negociación colectiva y derecho a huelga.

Sentencia del Tribunal Constitucional

El TC, en su sentencia definitiva de fecha 9 de mayo de 2016, realiza una descripción pormenorizada de las garantías que la inclusión de titularidad sindical en los términos del proyecto de ley aprobado por el Congreso vulneraría.

En este sentido, el fallo señala:

> "(...) se está en presencia de una afectación constitucional múltiple de derechos constitucionales, lo que no es inocuo para la evaluación de la tolerabilidad constitucional de la intervención legislativa..."[3].

Es así como, a juicio del TC, la titularidad sindical afecta a todas y cada una de las garantías constitucionales expuestas en el requerimiento, esto es: artículo 19 número 2 (prohibición de establecer diferencias arbitraria), artículo 19 número 16 (derecho de los trabajadores a negociar colectivamente), artículo 19 número 15 (derecho a asociarse sin permiso previo), artículo 19

[3] Tribunal Constitucional de Chile (2016): Sentencia roles 3016- 16 y 3026-16, considerando 25°, p. 60.

Actualidad Juridica 36.indd 411 01-09-17 11:59

número 19 (afiliación sindical será siempre voluntaria) y artículo 19 número 26 (seguridad de los preceptos legales que no podrán afectar derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio)

En lo que respecta a la negociación colectiva, el tribunal fue categórico en señalar: "(...) la titularidad del derecho para negociar colectivamente es de todos y cada uno de los trabajadores"[4]. Agrega, además:

> "En efecto, se trata de un derecho fundamental cuya activación o determinación originaria para ejercerlo o no reside en los trabajadores individualmente considerados".

A raíz de lo anterior, la judicatura determinó que los efectos de un instrumento colectivo recaen en los trabajadores, individualmente considerados, y no en las organizaciones de trabajadores. En virtud de aquello, los mecanismos de intermediación o representación de la voluntad individual para expresar el interés común del colectivo en una negociación no pueden implicar una prohibición o limitación tan drástica.

Por medio de la titularidad se imponía a los trabajadores una prohibición más que una regulación o modulación, toda vez que dejaba sujeto a los trabajadores a una condición ajena a su voluntad, cual es la existencia de un sindicato con derecho a negociar, de la cual depende el ejercicio de un derecho fundamental.

En definitiva, el TC determinó que las normas de titularidad eran inconstitucionales, pues su efecto era alterar en el ámbito legal la titularidad de un derecho fundamental.

El TC estimó, además, que la titularidad sindical afectaba la garantía fundamental de libertad de asociación En relación con esta, el TC estimó que en materia de negociación colectiva esta libertad no se agota en el sindicato como único cuerpo intermedio, sino que toda agrupación voluntaria de trabajadores es reflejo de este derecho de asociación. Según el TC, "La ausencia de reconocimiento constitucional expreso no copa las posibilidades asociativas de los trabajadores"[5].

Así, se concluye que el hecho de que no tengan reconocimiento expreso no significa que en el ámbito constitucional deba estimarse que los grupos estén prohibidos.

Citando al profesor Silva Bascuñán, se señala que el derecho de asociación no solo se refiere a las facultades de los individuos de formar e integrar cualquier tipo de organización sino, también, de no verse forzado a incorporarse a una determinada e, incluso, de no participar en asociación alguna, aunque

[4] Tribunal Constitucional de Chile (2016): Sentencia roles 3016-16 y 3026-16, considerando 19°, p. 55.

[5] *Op. cit.*, considerando 29°, p. 60.

Actualidad Juridica 36.indd 412 01-09-17 11:59

sean transitorio y no tengan personalidad jurídica como es el caso de los grupos negociadores.

Respecto de la libertad de afiliación, el TC recalca, de acuerdo con norma constitucional expresa, la afiliación sindical será siempre voluntaria, lo cual permite dar cuenta de que:

> "(...) la libertad sindical debe concebirse como el ejercicio de un derecho individual (y voluntario) para crear un sindicato, el cual, a su vez, como colectivo, goza del derecho a desarrollarse, respetando siempre el derecho (también individual y voluntario) de quienes lo conforman de permanecer, afiliarse o desafiliarse"[6].

Cabe agregar, que respecto de la igualdad ante la ley, el TC determina que el hecho de establecer para los grupos negociadores, en el caso de poder negociar, un procedimiento semirreglado carente de fuero y huelga constituye una discriminación arbitraria, sería abiertamente desproporcionado y carente de razonabilidad, pues estaría arrebatando derechos como la huelga que está reconocido a los trabajadores y no a las organizaciones sindicales de manera exclusiva.

Por su parte, el considerando 64° del fallo del TC en la causa rol: 3016 (3026)-2016, teniendo a la vista que la titularidad sindical estaba transversalmente en buena parte del articulado de la nueva legislación, establece un efecto expansivo a priori de declaratoria de inconstitucionalidad a buena parte del proyecto, al señalar:

> "Que, asimismo, las constataciones de inconstitucionalidad a las que este Tribunal ha llegado son incompatibles con cualquier disposición transitoria o accesoria a las normas impugnadas en este requerimiento y que han sido declaradas inconstitucionales".

De este modo, considerando que, ante normas no impugnadas y que han sido promulgadas, el Tribunal ha emitido esta declaración *a priori*, de modo tal de fijar de manera genuina e inequívoca la interpretación que debe darse a la nueva normativa, que en caso alguno puede dar lugar de manera tangencial a las tesis jurisprudenciales que pretenden revivir la titularidad sindical.

Con esta declaración, el primer y principal órgano llamado a interpretar el sentido y alcance de la C*onstitución Política de la República* pretende entregar suficientes elementos para llenar posibles lagunas legales y contradicciones normativas que se susciten con la nueva normativa en régimen, llamado que tiene como destinatarios naturales la Dirección del Trabajo y los tribunales de justicia.

[6] Tribunal Constitucional De Chile (2016): Sentencia roles 3016-16 y 3026-16, considerando 34°, p. 64.

Actualidad Juridica 36.indd 413 01-09-17 11:59

Resabios de la titularidad sindical en la nueva normativa laboral

Frente a una categórica y contundente sentencia del TC en que se declaró expresamente inconstitucional la titularidad sindical, suprimiendo determinados artículos del proyecto de ley y estableciendo una declaración general que declara inconstitucional toda norma accesoria o transitoria relativa a lo mismo, se hacía imperioso contar con un veto sustitutivo o aditivo que corrigiera una serie de inconsistencias luego del pronunciamiento judicial.

Desgraciadamente, el Ejecutivo rechazó la idea de un veto sustitutivo o aditivo que corrigiera lo anterior, desechando, incluso, toda posibilidad de enviar un proyecto de ley adecuatoria que solucionara todo tipo de controversia en la materia, entregando resolución de estas materias a los órganos administrativos y judiciales llamados por ley a pronunciarse sobre la normativa laboral.

Del análisis del nuevo libro IV del *Código del Trabajo* es posible resaltar tres materias que generan controversia, de las cuales se hace necesario uniformar criterios jurisprudenciales o, derechamente, realizar cambios legislativos que corrijan ciertas inconsistencias con la norma constitucional. Estas materias son: grupos negociadores, delegado de personal y pactos de adaptabilidad.

i) Grupos negociadores

El TC declaró inconstitucional las normas relativas a la titularidad sindical, por considerar que afectaba una serie de derechos fundamentales de los trabajadores, ya que se estimó que estos pueden negociar colectivamente, bien sea como sindicatos o como grupos negociadores y, en todos los casos, se les reconoce los mismos derechos, lo que implica derecho a huelga y fuero.

Los grupos negociadores son entendidos como agrupaciones transitorias y sin personalidad jurídica de trabajadores de una empresa, formadas con el único propósito de negociar colectivamente con su empleador y fijar condiciones comunes de trabajo mediante un instrumento colectivo.

Con la eliminación de varias disposiciones del texto legal, los grupos quedaron sin consagración ni regulación legal. Sin embargo, atendida la aplicación directa de la norma constitucional y la interpretación del TC de sus normas en cuestión, es posible dar cuenta de sus derechos y normas aplicables.

Frente a la ausencia de una ley adecuatoria que recogiera lo dispuesto por el TC, la Dirección del Trabajo, a propósito del requerimiento de un particular consignado en el ordinario número 1163/0029 de fecha 13 de marzo de 2017, optó por no pronunciarse sobre ellos y sobre el procedimiento y modalidades de negociación, aduciendo que estarían legislando y, por tanto, infringiendo el principio de juridicidad administrativa, no sin antes reconocer

Actualidad Juridica 36.indd 414 01-09-17 11:59

que existiría una suerte de vacío legal. Sin embargo, acto seguido, sí se pronuncia sobre los acuerdos de los grupos negociadores, señalando que los trabajadores tienen el derecho a negociar condiciones de trabajo de manera grupal, y que son vinculantes como cualquier contrato, pero que no tienen los efectos jurídicos de los instrumentos colectivos regulados en el *Código del Trabajo*, restándoles a estos trabajadores el derecho a exigir respuesta del empleador ante la propuesta de negociar, el derecho a huelga y el fuero de los trabajadores durante la negociación.

Considerando lo anterior, la misma Dirección del Trabajo ha hecho una errada interpretación de la norma constitucional y ha intentado torcer lo resuelto por el TC, debilitando los derechos de los trabajadores para negociar colectivamente como mejor les parezca, priva a los no sindicalizados del derecho a huelga, y ha generado diferencias arbitrarias entre sindicatos y grupos negociadores, todo lo cual deberá en el futuro ser resuelto en cada caso concreto por los tribunales de justicia. Además, la Dirección del Trabajo es bastante errática al señalar que no tiene facultades legislativas para algunas materias, lo que parece sensato; sin embargo, para otras materias pasa por alto esta limitación y se pronuncia en el fondo, de manera abiertamente contraria a lo dispuesto por el TC.

Pese a lo anterior, y en aplicación directa de la norma constitucional el artículo 19 N° 16, que establece que el derecho a negociar colectivamente es un derecho de los "trabajadores", sumado a la interpretación realizada por el TC, es preciso realizar una labor de integración de normas jurídicas basadas principalmente en el derecho a la libertad sindical en su variante positiva y negativa, debieran considera interpretarse que los grupos negociadores se rijan por las mismas normas relativas a los sindicatos, en todo lo que no se contrario a su naturaleza.

Así las cosas:

- Tanto los sindicatos como los grupos negociadores, independientemente de su naturaleza jurídica, son organizaciones (permanentes o transitorias) organizaciones igualmente legítimas para representar los intereses de los trabajadores en un proceso de negociación colectiva, pudiendo coexistir en una empresa e incluso negociar paralela o conjuntamente.
- Todo grupo negociador, al no tener normativa procedimental especial, podrá optar por negociar bajo las reglas de la negociación colectiva reglada (incluye fuero de trabajadores y derecho a huelga) o bajo las disposiciones de la negociación no reglada.
- En el evento que el grupo negociador opte por acogerse a la normativa de la negociación colectiva reglada, debe previamente determinar con su empleador los servicios mínimos y equipos de emergencia de trabajadores frente a posibles paralizaciones producto de una huelga, de acuerdo con las normas relativas a las organizaciones sindicales nuevas, contempladas en el artículo 360° inciso 4° del *Código del Trabajo*.

Actualidad Juridica 36.indd 415 01-09-17 11:59

– Tanto a sindicatos como a grupos negociadores se le aplican las mismas normas en relación con presentación del proyecto de contrato colectivo, mediación, derecho a huelga, servicios mínimos, arbitraje, prácticas antisindicales y desleales, etc.

ii) Delegado de personal

Previo a la reforma laboral, el *Código del Trabajo* contemplaba la figura del delegado de personal, la cual era concebida como una alternativa a la formación o mantención de un sindicato.

Los trabajadores de empresas o establecimientos con derecho a constituir sindicatos (ocho o más trabajadores) pueden nombrar uno o más trabajadores para que operen como nexo de comunicación entre los trabajadores que representa y el empleador.

Este delegado de personal debía cumplir con los requisitos para ser director sindical, duraba dos años en su cargo con posibilidad de reelección y gozaba de fuero sindical.

Con la reforma laboral, se eliminó la disposición que daba cuenta de esta figura, manteniendo, en todo caso, el título referente al delegado sindical. De este modo, la nueva normativa suprime la regulación de un trabajador delegado con fuero y que opere como una alternativa a la formación de un sindicato y la elección de un directorio sindical, lo cual es de manera indirecta es una manifestación e insistencia del legislador en cuanto a imponer a los trabajadores el concepto de titularidad sindical en lo que respecta a las relaciones laborales colectivas.

Pese a lo anterior, nada obsta a que por iniciativa de los trabajadores se delegue la función de operar de nexo con el empleadora uno o más trabajadores, de manera transitoria o permanente. Sin embargo, se previene que en caso alguno dicho trabajador gozará de fuero.

iii) Pactos de adaptabilidad

El *Código del Trabajo* en su artículo 374° y siguientes regulan, por primera vez en nuestra legislación laboral, los pactos sobre condiciones especiales de trabajo. Estos pactos tienen relación con acuerdos entre las partes de una relación laboral sobre el establecimiento de condiciones especiales de distribución de la jornada ordinaria de trabajo y duración de los descansos.

La posibilidad de establecer estos pactos en los instrumentos requiere el cumplimiento de una serie de requisitos:

– Solo podrán ser pactadas por sindicatos, sean de nivel empresa o interempresa.
– Tendrá lugar en empresas en que exista una tasa de afiliación sindical (bien sea en uno o varios sindicatos) igual o superior al 30% del total de sus trabajadores.

Actualidad Juridica 36.indd 416 01-09-17 11:59

- Podrán acordarse en los procedimientos de negociación colectiva reglada y no reglada.
- La duración máxima de estos pactos será de tres años.
- Estos pactos deberán ser registrados en la Dirección de Trabajo.
- Luego del veto presidencial, estos pactos pueden consistir en[7]: jornada ordinaria de trabajo de cuatro días semanales.
- Pacto relativo a trabajadores con responsabilidad familiar.

Los pactos de adaptabilidad en su origen fueron considerados como materias propias de la negociación colectiva, circunscribiendo su suscripción al éxito de la misma. Sin embargo, en segundo trámite constitucional fueron modificadas, señalando que podría acordarse en forma directa y sin sujeción a las normas de la negociación colectiva reglada.

Estos pactos de adaptabilidad, aprobados por el Congreso, antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, descansan sobre la lógica de la titularidad sindical, en cuanto a que solo son legitimados activos para celebrar estos pactos las organizaciones sindicales y no los grupos negociadores, lo cual podría generar dudas de constitucionalidad atendido el razonamiento del fallo en relación con la prohibición de establecer diferencias arbitrarias entre sindicatos y grupos.

iv) Negociación individual y prácticas antisindicales

La C*onstitución Política de la República* es contundente al reconocer a todas las personas en el artículo 19° número 16, el derecho a la libre contratación en materia laboral, lo cual implica, tanto la decisión de contratar o no; elegir la persona del co-contratante y el contenido de ese contrato, todo lo cual queda en cierta medida moderado por el reconocimiento de normas irrenunciables dispuestas en el ámbito legal en aras de la protección y beneficio de los trabajadores.

Hasta antes de la nueva normativa, no existía impedimento para que al trabajador no sindicalizado se le pudieran extender los beneficios de una negociación colectiva, pero cumpliendo ciertos requisitos, siendo el principal que se le descontara de la remuneración del trabajador un pago al sindicato negociador correspondiente al 75% de la cuota sindical ordinaria por concepto de extensión.

[7] El proyecto de ley previo a la declaratoria de inconstitucionalidad de la titularidad sindical, contemplaba la existencia de tres pactos adicionales:

- Jornada ordinaria en cuanto al número máximo de días continuos de trabajo, dependiendo de si se trata de faenas en centros urbanos o fuera de ellos.
- Pactos sobre horas extraordinarias por medio de convenir bolsas de hasta setenta y dos horas trimestrales con duración máxima de seis meses.
- Pactos sobre jornada pasiva de trabajo.

Actualidad Juridica 36.indd 417 01-09-17 11:59

Sin perjuicio de lo anterior, se agregaba que se consideraba práctica antisindical del empleador en el artículo 289° letra c) del *Código del Trabajo* "El que ofrezca u otorgue beneficios especiales con el fin exclusivo de desestimular la formación de un sindicato".

Así las cosas, se consideraba una vulneración a la libertad sindical este ofrecimiento u otorgamiento de beneficios especiales hechos con la intención exclusiva y manifiesta de desestimular la formación de una nueva organización sindical.

Con la nueva regulación, nos encontramos con dos normas que limitan esta libre contratación laboral individual entre empleador y trabajador, atendido que, en primer lugar, se modifica la norma referente a la extensión de beneficios de una negociación colectiva, al disponer que solo procederá por acuerdo previo entre empleador y sindicato negociador, extensión que, dependiendo de ese acuerdo base, puede ser total o parcial y sujeto al pago de todo o parte de la cuota sindical ordinaria.

Asimismo, se incorporó un cambio en materia de prácticas antisindicales, al modificar la normativa señalando que la nueva conducta típica sería "Ofrecer u otorgar beneficios especiales que signifiquen desestimular la formación de un sindicato". De este modo, el propósito fue eliminar la carga de probar la intención real y maliciosa del empleador de ofrecer u otorgar condiciones laborales más beneficiosas a sus trabajadores con el fin de desestimular la formación de un sindicato, de este modo, y siguiendo la intención del legislador plasmado en la historia fidedigna de la ley, se consagra el carácter objetivo de la responsabilidad en materia de prácticas antisindicales y desleales.

Considerando lo anterior, se advierte que fácilmente una negociación individual entre un empleador y un trabajador que no pasara por una especie de anuencia de la organización existente en el sindical, podría dar paso a cuestionamientos mediante denuncias por prácticas antisindicales en la Dirección del Trabajo.

El Ejecutivo, al verse representado por lo anterior, incorporó en segundo trámite legislativo, una disposición tendiente a palear este problema constitucional, disponiendo en el artículo 289° letra h) inciso segundo del *Código del Trabajo*, que:

> "No constituye práctica antisindical el o los acuerdos individuales entre el trabajador y el empleador sobre remuneraciones o sus incrementos que se funden en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador".

Lamentablemente, esta norma no soluciona el problema de raíz, toda vez que desarrolla esta eximente en materia de acuerdos individuales, pero lo restringe solo remuneraciones y sus incrementos, pero no a todas aquellas condiciones laborales que no se refieran a estas materias, como son: jornadas, permisos, asignaciones que no constituyan remuneración como bonos de transporte, alimentación.

Actualidad Juridica 36.indd 418 01-09-17 11:59

A mayor abundamiento, se hace presente que la jurisprudencia administrativa y judicial han señalado en incontables oportunidades que el catálogo de prácticas antisindicales y desleales no constituyen un *numerus clausus*, sino que por el contrario, por su redacción corresponden a un *numerus apertus*, por lo que, en virtud del principio de libertad sindical, pueden detectarse otras vulneraciones a este derecho fundamental que pueden ser denunciadas y sancionadas como tal.

Teniendo presente dichas normas, es posible afirmar que la nueva legislación presenta una serie de defectos que podrían dar lugar a serios atentados a la libertad individual de los trabajadores y plasmar de manera indirecta una supervivencia de la titularidad sindical en el ordenamiento jurídico laboral que clama una pronta modificación.

v) Servicio mínimos relativos a los trabajadores no huelguistas

La nueva legislación, a modo de limitación al ejercicio del derecho a huelga, regula una institución bastante olvidada en la antigua normativa: la referente a los servicios mínimos y equipos de emergencia.

La definición de servicios mínimos fue uno de los temas más complejos durante la tramitación del proyecto de ley, cambiando esta en varias oportunidades.

Finalmente, el texto final del artículo 359° del *Código del Trabajo* establece que corresponde a la comisión negociadora sindical proveer el personal destinado a

> "atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios".

Como criterios para la determinación de los mismos se cuenta el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena.

Por su parte, se agrega que estos servicios mínimos serán prestados por medio de equipos de emergencia provistos por el sindicato y formado solo por trabajadores involucrados en el proceso de negociación

Lo relevante de esta definición es que, tanto la ley como el dictamen ordinario 5346/92 de la Dirección del Trabajo, clasifican los servicios mínimos en tres tipos:

- Servicios mínimos de seguridad.
- Servicios mínimos de funcionamiento.
- Servicios mínimos para prevenir daños ambientales o sanitarios.

Actualidad Juridica 36.indd 419 01-09-17 11:59

El problema que se observa de esta institución es que no se consideran servicios mínimos aquellos servicios de una empresa que, en caso de paralización, afectan los derechos de los trabajadores que no se encuentren en huelga. A modo ejemplar, encontramos el personal de cocina en los casinos de las empresas, personal administrativo encargado de pagar remuneraciones o recibir licencias médicas, personal de aseo, etc.

De este modo, nuevamente observamos cómo el poder de los sindicatos es capaz de afectar derechos laborales individuales del resto de los trabajadores, sin que exista un mecanismo, más que eventualmente la acción de protección, para exigir el resguardo de estos derechos.

La Dirección del Trabajo, en sus primeros pronunciamientos relativos a servicios mínimos, ha dejado en evidencia su visión restrictiva de los mismos, no dejando cabida para incluir estos servicios necesarios para el ejercicio de los derechos de los demás trabajadores.

vi) Adecuaciones necesarias de trabajadores durante la huelga

En materia de huelga, el nuevo artículo 345° del C*ódigo del Trabajo* consagra expresamente la huelga como un derecho, señalando al respecto que se ejerce colectivamente por los trabajadores[8].

Asimismo, se incorpora una importante modificación al consagrarse la prohibición de reemplazo de trabajadores en huelga. Vale decir, se incluye tanto el reemplazo con los mismos trabajadores de la empresa (reemplazo interno) como el reemplazo con nuevos trabajadores (reemplazo externo).

Atendida la fuerte discusión legislativa y un evidente desbalance en los poderes del empleador y de los trabajadores durante una huelga, el Ejecutivo, en la última etapa de tramitación, incorporó vía indicación un inciso que impone un límite bastante difuso al derecho a huelga basado en el respeto a la libertad de trabajo que asiste a los trabajadores que no estén involucrados en la paralización, al señalar en el artículo 345° inciso 3° del C*ódigo del Trabajo*:

> "La huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo".

Asimismo, se indica que la vulneración a esta prohibición constituye una práctica desleal grave, habilitando a la Inspección del Trabajo para requerir, sin mediar orden judicial, el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes. En caso de negativa, el ente público denunciará el hecho a los juzgados

[8] Se hace presente que en el texto original del mensaje presidencial del Ejecutivo se exigía que este derecho debía ser ejercido pacíficamente.

Actualidad Juridica 36.indd 420 01-09-17 11:59

de Letras del Trabajo bajo el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, ante lo cual tribunal dispondrá en la primera resolución el retiro inmediato de los trabajadores bajo apercibimiento de multas de cincuenta a cien Unidades Tributarias Mensuales.

Sin embargo, el Ejecutivo en el Senado incorporó dentro de la práctica desleal del artículo 403 letra d) una excepción a la misma, señalando:

> "El empleador, en el ejercicio de sus facultades legales, podrá modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo (...)".

Lo anterior da paso a una nueva figura en el C*ódigo del Trabajo* relativa a las "adecuaciones necesarias", que, de acuerdo con su regulación y al enfoque pro trabajador no huelguista que le da el texto legal, da cuenta de una especie de reemplazo interno acotado, interpretación que no es del todo pacífica, por lo que su desarrollo quedará en manos de ulteriores pronunciamientos administrativos y judiciales.

Sin embargo, esta nueva figura en caso alguno puede ser entendido como un reemplazo interno a secas, sino que, muy por el contrario, es un tipo acotado de reemplazo sujeto a una serie de limitantes, dentro de las que se cuentan: que las adecuaciones solo pueden tener por objetivo asegurar que los trabajadores que no se encuentran en huelga puedan ejecutar sus funciones de trabajo y asegurarle su libertad de trabajo; que las funciones a las que se destinen los trabajadores deben estar consignadas y convenidas con antelación en los respectivos contratos de trabajo; y no puede implicar el cambio de establecimiento en que se prestan dichos servicios.

La eliminación del reemplazo en sus dos variantes y la figura de las "adecuaciones necesarias" desconocen, por su parte, las facultades de dirección propias del empleador, específicamente la referida al *Ius Variandi* del artículo 12° del C*ódigo del Trabajo*, que contempla la posibilidad de alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto donde ellos deban prestarse, a condición que se trate de labores similares, facultad que debiera mantenerse inalterada respecto de los trabajadores que no se encuentran afectos a la huelga.

Frente al nuevo escenario en que se elimina la figura del reemplazo en huelga, nos vemos enfrentados a una verdadera colisión de derechos; por un lado, el derecho a huelga de los trabajadores y, por otro, el derecho a desarrollar actividad económica del empleador, sin perjuicio de otros derechos que entran en juego frente a paralización, como son los derechos de los trabajadores que no están en huelga y los de consumidores y proveedores. Esto es lo que se denomina "el efecto extensivo de la huelga".

Actualidad Juridica 36.indd 421 01-09-17 11:59

Bibliografía

Allamand, Andrés y Monckeberg, Nicolás (2017): *Anotaciones parlamentarias de la reforma laboral* (Santiago, Thomson Reuters).

Enríquez Arancibia, Pablo (2016): *Código del Trabajo comparado* (Santiago, Thomson Reuters).

Lizama Portal, Luis (2016): *La reforma Laboral* (Santiago, Luis Lizama Portal y Cía Abogados).

Morales Cruz, Sergio (2016): *Serie informe legislativo 043 "Reforma laboral: Una oportunidad desperdiciada"*. (Santiago, Libertad y Desarrollo).

Normas

Código del Trabajo. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. Santiago 2017.

Constitución Política de la República de Chile.

Historia de la ley Nº 20.940. Biblioteca Congreso Nacional. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5389/

Proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo. Boletín 9835-13. Disponible en www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional de Chile (2016): Rol N° 3016-16, 9 de mayo de 2016.

Tribunal Constitucional de Chile (2016): Rol N° 3026-16, 9 de mayo de 2016.

Actualidad Juridica 36.indd 422 01-09-17 11:59

SENTENCIA DE ALTO TRIBUNAL QUE ABRE LA POSIBILIDAD DE RECONOCER DERECHOS A ANIMALES DE ACUERDO CON DOCTRINA DE DERECHO INTERNACIONAL

HIGH COURT JUDGMENT OPENING THE POSSIBILITY OF RECOGNIZING RIGHTS TO ANIMALS UNDER INTERNATIONAL DOCTRINE OF LAW

Raúl F. Campusano Droguett[*]

Resumen: El objetivo del presente artículo es presentar una sentencia de un alto tribunal estadounidense que discute alrededor de la idea de derechos de los animales, considerando doctrina de Derecho Internacional y la posibilidad futura de otorgar algunos derechos a ciertos animales, generando interés en organizaciones de promoción de derechos de los animales y la posibilidad de replicar acciones similares ante tribunales internacionales y nacionales. Previo a lo señalado, se hace una introducción al tema de derechos de los animales.

Palabras clave: Derechos animales – habeas corpus – Hércules & Leo – Corte Suprema del Estado de New York – Stony Brook University.

Abstract: The purpose of this article is to present a judgment of a high court in the United States that discusses the idea of animal rights, considering doctrine of international law and the future possibility of granting some rights to certain animals, generating interest in organizations promoting Animal rights and the possibility of replicating similar actions before international and national courts. Prior to this, an introduction to the subject of animal rights is made.

[*] Master en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Profesor titular y director de Posgrado. Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: rcampusano@udd.cl

Actualidad Juridica 36.indd 423 01-09-17 11:59

Key Words: Animal Rights – *Habeas Corpus* – Hércules & Leo – Supreme Court of the State of New York – Stony Brook University.

* * *

Introducción

La reflexión sobre si los animales tienen derechos o podrían tener derechos o, al menos, gozar de algunos derechos es antigua, sin embargo, en las últimas décadas ha adquirido especial desarrollo, densidad y sofisticación[1]. El tema jurídico se encuentra estrechamente ligado a temas éticos y morales y también espirituales y religiosos. La primera pregunta que antecede al análisis jurídico es sobre si existe un deber ético (y luego jurídico) de los seres humanos respectos de los seres vivos no humanos. Y de la mano con esta interrogante, la necesaria reflexión sobre la naturaleza moral y jurídica de tales seres vivos no humanos. Así, la reflexión puede moverse desde el maximalismo de considerar a todos los seres vivos no humanos (animales y vegetales, pero también ecosistemas y el planeta todo o naturaleza), o desde el minimalismo de considerar solo aquellos animales específicos que cuentan con características que los hacen particularmente proclives de consideración debido a sus habilidades cognitivas, morfológicas, conductuales, etc. (como, por ejemplo, grandes simios, perros, ballenas, delfines, etc.)[2].

[1] En efecto, el tema está desarrollándose en diversos ordenamientos jurídicos del mundo, pero en Chile este recogimiento ha sido más bien modesto y a niveles bajos de la jerarquía normativa. En el actual debate sobre una posible nueva constitución, no es mucho lo que se ha acordado en esta materia. Así, cabe preguntarse, ¿qué espacio le dará la nueva constitución al régimen jurídico de los animales?, tema que hasta la fecha no ha sido considerado en nuestros textos constitucionales, pero que va apareciendo en algunas normas de baja jerarquía, innovando el régimen tradicional de cosas objeto de Derecho de Propiedad, para avanzar a un estatus diferente, basado en el concepto de seres sintientes. Se trata del largo camino que va desde la Bioética al Bioderecho, o dicho de otra forma, desde la inquietud moral frente al maltrato y sufrimiento animal, a la convicción de estar frente a un ser sujeto de derechos. Por cierto, aquí ya estamos, por definición, fuera del concepto de derechos humanos, pero tal vez no del concepto de persona legal. Y tal vez ante el desafío de repensar el concepto.

[2] Hablar de derechos humanos de los animales puede ser un oxímoron o generar una confusión semántica. Sin embargo, alternativas como "derechos fundamentales" o "derechos esenciales" también pueden generar complicaciones y problemas. Tal vez el primer paso es reconocer las dificultades lingüísticas del Derecho y del mismo idioma para abordar esta materia. También puede ser materia de debate la aproximación que se tenga sobre derechos humanos en general. En efecto, es posible abordar la materia desde diversas perspectivas. La pregunta básica es, ¿cómo entendemos la relación de nuestra sociedad nacional con la sociedad global? Sobre el particular, se han levantado dos paradigmas entre nosotros. El primero, muy fácil de entender y explicar, y con gran aceptación en Chile, postula que los valores en general y los derechos humanos en particular, son principalmente un acuerdo nacional que

Actualidad Juridica 36.indd 424 01-09-17 11:59

La Filosofía griega clásica tendió a negar derechos o valía moral a los animales. Así, Platón dice que no hay temas éticos respecto del uso y manipulación de la naturaleza si este uso contribuye a la liberación plena del ser humano, a su espiritualización. De la misma forma, Aristóteles enseñaba:

> "Las plantas existen para los animales, y los demás animales para beneficio del hombre: los domésticos, para serles útiles y servirle de alimento; y los salvajes, si no todos, al menos la mayor parte de ellos, con vistas a la alimentación y a otras ayudas, para ofrecer tanto vestidos como otros utensilios. Por consiguiente, si la naturaleza no hace nada imperfecto ni en vano, es necesario que todos estos seres existan naturalmente para utilidad del hombre"[3].

responden a nuestra historia, tradiciones y cultura. Allá afuera, más allá de nuestras fronteras, existen cosmovisiones y valores que son ajenos a nuestra identidad y, por lo tanto, no debieran importarse a nuestro ordenamiento jurídico nacional. Eso, arguye esta visión, sin considerar el déficit democrático que adolecen tales cuerpos jurídicos internacionales. Será nuestro pueblo, a través de las instituciones nacionales democráticas establecidas por nosotros mismos, los que nos haremos cargo de la promoción de los derechos humanos que queremos proteger y que nos interpretan como nación. Para eso está la Constitución, norma fundamental de protección de derechos humanos. Para eso está el Congreso Nacional, representante del pueblo chileno. Y para eso está el Tribunal Constitucional, por si el Congreso se confunde. El segundo paradigma ha tenido menos comprensión y entusiasmo en Chile. Parte del supuesto que no existe la dicotomía entre un Chile isla y una sociedad global ajena, separada y de oscuros propósitos. Por el contrario, postula a Chile, y a los chilenos, como parte de la sociedad global y aspira a que su presencia y participación sea cada vez mayor. Entiende que existe una reflexión y discusión global desde hace mucho tiempo entre las distintas naciones, pueblos, ideas, grupos, intereses y cosmovisiones existentes en el mundo contemporáneo global y diverso. Esta reflexión y discusión sigue vigente y hay muchos aspectos centrales, como también infinitos matices, en los que no nos hemos puesto de acuerdo. Pero en algunos temas sí, y esto es particularmente notable, ya que ha sido a través de procesos largos y complejos en que todos participan, directa e indirectamente. Se participa, por cierto, en las conferencias internacionales en que se negocian acuerdos sobre derechos humanos. Pero también se participa desde las políticas nacionales de los distintos gobiernos. Se participa desde las plataformas ideológicas de los partidos políticos. Se participa desde las propuestas de las religiones organizadas, organizaciones de la sociedad civil, intelectuales y académicos, y toda persona que, de una u otra forma, expresa su cosmovisión. Y el principio operativo que los une a todos, es que el debate es abierto y transparente, se rechaza la imposición de una idea por la fuerza y se adoptan decisiones a través de los acuerdos. Y se entiende que hay gradualidades, espacios de excepción, contradicciones, y vacíos, pero se avanza, siempre.

[3] Esta idea de la utilidad que puede tener algo para el ser humano puede complementarse con la idea de uso y abuso en búsqueda de la satisfacción de necesidades siempre crecientes. En el diálogo de C*ritias*, Platón nos habla de la Atlántida: "Era tal la inmensidad de riquezas de que eran poseedores, que ninguna familia real ha poseído ni poseerá jamás una cosa semejante. Todo lo que la ciudad y los otros países podían suministrar, todo lo tenían ellos a su disposición. Y los que no eran capaces de ver lo que constituye verdaderamente la vida dichosa, creyeron que habían llegado a la cima de la virtud y de la felicidad, cuando estaban dominados por una loca pasión, la de aumentar sus riquezas y su poder. Pero en los tiempos que siguieron a éstos,

Actualidad Juridica 36.indd 425 01-09-17 11:59

Así, para la Filosofía griega clásica, la naturaleza tiene un carácter instrumental, es una reserva de recursos al servicio de la persona humana y de la sociedad, existe una superioridad ética y ontológica del ser humano sobre los otros seres y cosas de la naturaleza, la que es entendida como un todo orgánico y cósmico que obedece a unas causas y tiende, inconscientemente, hacia un determinado fin que es el bien de toda realidad[4].

El Derecho Romano clásico recogería estas ideas, consagrando el concepto que los animales no eran ni podían ser sujetos de Derecho, sino objetos, cosas. Así, determinaron las siguientes definiciones fundamentales que han seguido acompañándonos hasta hoy: "Son animales todos los seres vivos que carecen de derechos". "Los animales son cosas movientes y pueden ser objeto de dominio"[5].

> "Que todos los animales que vagan por la tierra, en el mar, o en el aire, esto es, los animales salvajes (ferae bestiae), las aves (volucres), y los peces (pisces) se hacen del que los captura"[6].

Por su parte, el texto bíblico del *Génesis*, compartido por varias religiones, señala la primacía del ser humano por sobre el resto de los seres vivos[7]. El filósofo australiano John Passmore, en su texto "Pensamiento ecologista" ha dicho:

> "el cristianismo alentó determinadas actitudes frente al mundo natural: lo conceptuó más como fuente de suministro que objeto de contemplación, dio licencia al hombre para que lo tratase sin reparos, despojó a la

grandes temblores de tierra dieron lugar a inundaciones; y en un solo día, en una sola fatal noche, la tierra se tragó a todos vuestros guerreros, la isla Atlántida desapareció entre las aguas, por esta razón hoy no se puede recorrer ni explorar este mar, porque se opone a su navegación un insuperable obstáculo, una cantidad de fango, que la isla ha depositado en el momento de hundirse en el abismo". Platon (2014).

[4] Lecaros (2009).

[5] En la sentencia del caso chimpancé Cecilia de 2016, el tribunal de Mendoza desafía esta definición romana al establecer: "Clasificar a los animales como cosas no resulta un criterio acertado. La naturaleza intrínseca de las cosas es ser un objeto inanimado por contraposición a un ser viviente. La legislación civil subclasifica a los animales como semovientes otorgándoles la 'única' y 'destacada' característica de que esa 'cosa' (semoviente) se mueve por sí misma".

[6] Gayo en *D*. 41, 1, 1, 1.

[7] En el texto bíblico del *Génesis* se presenta una idea que puede ser interpretada como una separación entre el ser humano y el resto de lo que existe: Entonces dijo Dios: "Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza, y tenga dominio sobre los peces del mar, las aves del cielo, el ganado, y en toda la tierra, y sobre todo animal que se desplaza sobre la tierra". Creó, pues, Dios al hombre a su imagen; a imagen de Dios lo Creó; hombre y mujer los Creó. Dios los bendijo y les dijo: "Sed fecundos y multiplicaos. Llenad la tierra; sojuzgadla y tened dominio sobre los peces del mar, las aves del cielo y todos los animales que se desplazan sobre la tierra". Dios dijo, además: "He Aquí que os he dado toda planta que da semilla que está sobre la superficie de toda la tierra, y todo árbol cuyo fruto lleva semilla; ellos os servirán de alimento".

Actualidad Juridica 36.indd 426 01-09-17 11:59

naturaleza de su carácter sagrado, y vació nuestra conducta para con ella de contenido moral"[8].

Jeremy Bentham argumentó que si los seres humanos eran moralmente dignos de consideración era por su capacidad de placer y dolor. Y observó que los animales también podían sentir dolor[9].

"Puede llegar el día en que el resto de la creación animal adquiera esos derechos que nunca se lo podrían haber negado de no ser por la acción de la tiranía. Los franceses han descubierto ya que la negrura de la piel no es razón para abandonar sin remedio a un ser al capricho de quien le atormenta. Puede que llegue un día que el número de piernas, la vellosidad de la piel o la terminación del os sacrum sean razones igualmente insuficientes para abandonar un ser sensible al mismo destino. ¿Qué otra cosa es la que podría trazar la línea infranqueable? ¿Es la facultad de la razón, o acaso la facultad del discurso? Un caballo o un perro adulto es sin comparación un animal más racional, y también más sociable, que una criatura humana de un día, una semana o incluso un mes. ¿Pero, aun suponiendo que no fuera así, qué nos esclarecería? No debemos preguntarnos: ¿pueden razonar?, ni tampoco: ¿pueden hablar?, sino: ¿pueden sufrir?"[10].

Las ideas de Bentham fueron precursoras en la modernidad y se mantuvieron liderando la reflexión académica hasta décadas recientes en que nuevas ideas y actores diseñaron y presentaron sus propuestas.

Charles Darwin, por su parte, señaló que la simpatía más allá de los confines humanos, es decir, la compasión hacia los animales inferiores, parece ser una de las últimas adquisiciones morales. Es una afirmación interesante, ya que Darwin hizo esfuerzos por mantener sus escritos en el ámbito de los hallazgos y conclusiones científicas demostradas y demostrables, dejando este tipo de construcciones fuera de sus textos[11].

Aldo Leopold escribió:

"hay personas que pueden vivir sin seres salvajes y otras no. Estos ensayos vienen a ser los gozos y los dilemas de alguien que no puede. Los seres

[8] Passmore (1978).

[9] Por su parte, Leonardo da Vinci declaró: "Llegará un día en que los hombres conocerán el alma de las bestias y entonces matar a un animal será considerado un delito como matar a un hombre. Ese día la civilización habrá avanzado".

[10] Bentham (1780).

[11] El texto está en *El origen del hombre*, publicado en 1871. "Conforme el ser humano avanza en civilización, y las pequeñas tribus empiezan a unirse en comunidades mayores, la razón más elemental haría ver a cada individuo que tendría que extender sus instintos sociales y simpatías a todos los miembros de la misma nación, aunque le resultasen especialmente desconocidos [...] La simpatía más allá de los confines humanos, es decir, la compasión hacia los animales inferiores, parece ser una de las últimas adquisiciones morales".

Actualidad Juridica 36.indd 427 01-09-17 11:59

> salvajes eran algo natural, como los vientos y los atardeceres, hasta que el progreso empezó a eliminarlos. Ahora nos enfrentamos con la cuestión de si merece la pena pagar por un nivel de vida más alto ese precio en seres naturales, libres y salvajes. Para una minoría de nosotros, la oportunidad de ver gansos en libertad es más importante que la televisión, y la posibilidad de encontrar una anémona es un derecho tan inalienable como el de libre expresión. Admito que estos seres salvajes tenían poco valor para el hombre hasta que la mecanización nos aseguró un buen desayuno, y hasta que la ciencia nos reveló el drama de sus orígenes y de sus modos de vida. Así, todo este conflicto se reduce a una cuestión de grado. Los que estamos en minoría vemos que en el progreso opera una ley de rendimientos decrecientes; nuestros adversarios no lo ven"[12].

Peter Singer, el filósofo utilitarista australiano nacido en 1946, publicó su conocido libro *Animal Liberation*, que es considerado como el desencadenante del movimiento de los derechos de los animales. Una idea central del texto es rechazar la tesis por la cual el sufrimiento de los animales se vería compensado por el beneficio o bienestar para los seres humanos. Dice en su libro:

> "La creencia de que existen los animales porque Dios los creó, y que los creó para que podamos responder mejor a nuestras necesidades, es contraria a nuestra comprensión científica de la evolución y, por supuesto, a los registros fósiles, que demuestran la existencia de primates no-humanos y otros animales millones de años antes de que hubiera seres humanos en absoluto. Mientras las corridas de toros continúen, se continuará reforzando la idea, según la cual los animales no son más que cosas que podemos utilizar a nuestro gusto, e incluso sacar provecho de su sufrimiento como parte de un espectáculo para el entretenimiento del público"[13].

En los años más recientes se ha podido observar un movimiento desde la promoción de la conciencia de la gente respecto de los animales, construida sobre la base de la culpa y la sensibilidad, junto con el desarrollo de una batería de argumentos racionales, a una estrategia basada en la efectiva implementación de leyes y la creación de instituciones formales.

---

[12] Leopold (1949).

[13] Singer (1975). Argumenta: "un movimiento de liberación exige que ensanchemos nuestros horizontes morales. Actitudes que antes eran consideradas naturales e inevitables pasan a verse como resultado de un prejuicio injustificable. Mi opinión es que nuestras actitudes actuales hacia estos seres se basan en una larga historia de prejuicios y discriminación arbitraria, y defiendo que no hay razón, salvo el deseo egoísta de mantener los privilegios del grupo explotador, para negarse a extender el principio básico de igualdad de consideración a los miembros de otras especies".

Actualidad Juridica 36.indd 428 01-09-17 11:59

El cientista político y filósofo de la Universidad Radboud Nijmegen, Marcel Wissenburg, ha declarado que una cosa es argumentar que los seres humanos tienen ciertos deberes éticos respecto de su trato con los animales, y otra distinta es que tales deberes sean llevados a leyes y tratados, con todo el aparato legal y estatal para hacerlos obligatorios y efectivos dentro de los respectivos ordenamientos jurídicos. Así, se ha pasado de la mirada ética a la acción política.

En los últimos años también, han aparecido partidos políticos pro animales, con inclusión en parlamentos nacionales como es el caso de los Países Bajos y Suiza. Estos partidos tiene una agenda novedosa y muy definida: la identificación y representación de los intereses de criaturas no humanas teóricamente incapaces de participar en forma directa en la sociedad política humana. Wissenburg observa que el desarrollo de la agenda animalista llevará muy probablemente a conflictos entre intereses, no solo en la variable animales v. humanos sino, también, entre diferentes especies de animales y también entre comunidades y ecosistemas.

Un paso adelante en la configuración de derechos de los animales lo da Tom Regan, filósofo estadounidense, nacido en 1938 y que se ha especializado en teoría de derechos de los animales. Su libro más conocido es *The Case for Animal Rights*. Regan postula que los animales no humanos son objeto de derechos morales. Así, los animales no humanos son "sujetos-de-una-vida", igual que lo que los seres humanos son, y que, si queremos atribuir valor a todos los seres humanos independientemente de su capacidad de ser seres racionales, a continuación, con el fin de ser coherentes, hay que atribuírselo igualmente a los no humanos. Un sujeto de una vida es un alguien, no un algo, es un ser al cual su vida le importa incluso si no le importa a nadie más.

Regan tiene una especial oposición a las prácticas y concepciones especistas:

> "el especismo no tiene ninguna base científica, porque va en contra de los ideales de igualdad y libertad, porque condena a una vida de miseria, esclavitud y muerte a millones de animales cada día. Así que no, no me vas a convencer de que respete el especismo. A pesar de lo que diga el 'pensamiento posmoderno', hay cosas que están bien y cosas que están mal. La explotación, sufrimiento y asesinato de seres inocentes, siempre estarán mal. El veganismo no es una simple opción, es la respuesta ética a una situación de desigualdad y dominación instaurada a lo largo de los siglos. A partir de aquí es decisión de cada uno: o estás del lado de los oprimidos, o del lado de los opresores. Tan simple como eso"[14].

[14] El sicólogo inglés Richard D. Ryder acuñó el concepto: El especismo es la asignación de diferentes valías, derechos o consideración especial a los individuos basándose únicamente en la pertenencia a una especie. Este término es utilizado principalmente por los defensores de los derechos de los animales, quienes sostienen que el especismo es un prejuicio equivalente

Actualidad Juridica 36.indd 429 01-09-17 11:59

El doctor en Historia de la Universidad de Oxford y Profesor de la Universidad Hebrea de Jerusalem Yuval Noah Harari ha expuesto en sus libros la tensa, difícil y cruel relación histórica del ser humano con los animales. En particular, ha puesto su mirada en las extinciones de especies animales producto de la acción humana:

> "Si las cosas continúan a ritmo actual, es probable que las ballenas, los tiburones, atunes y delfines sigan el mismo camino hacia el olvido que los diprodontes, los perezosos terrestres y los mamuts. Entre los grandes animales del mundo, los únicos supervivientes del diluvio humano serán los propios humanos, y los animales de granja que sirven como galeotes en el Arca de Noé"[15].

Harari pone atención a la idea de animales como productos:

> "En la época en que el Homo Sapiens era elevado al nivel divino por las religiones humanistas, los animales de granja dejaron de verse como

al racismo o al sexismo, porque el tratamiento hacia las personas está basado en relación con la pertenencia a determinados grupos y a diferencias físicas moralmente irrelevantes (color de piel o género). Su argumento central es que la pertenencia a determinada especie no tiene relevancia moral.

[15] Harari (2015). Habla de un acuerdo fáustico: "El acuerdo fáustico entre humanos y granos no fue el único trato que hizo nuestra especie. Se hizo otro convenio en relación con la suerte de animales tales como carneros, cabras, cerdos y gallinas. Las bandas nómades que cazaban al acecho a los carneros, alteraron gradualmente la constitución de los rebaños sobre los que depredaban. Con cada generación, las ovejas se hicieron más gordas, más sumisas y menos curiosas". También hace un agudo análisis del efecto del proceso de domesticación de animales: "Tanto los pollos como las vacas domésticas pueden representar una historia de éxito evolutivo, pero también figuran entre los animales más desdichados que jamás hayan existido. La domesticación de los animales se basaba en una serie de prácticas brutales que con el paso de los siglos se hicieron todavía más crueles. Con el fin de convertir a toros, caballos, asnos y camellos en obedientes animales de tiro, se habían de quebrar sus instintos naturales y sus lazos sociales, se había de contener su agresión y sexualidad, y se había de reducir su libertad de movimiento. Es razonable suponer que los toros prefieren pasar sus días vagando por praderas abiertas en compañía de otros toros y vacas en lugar de tirar de carros y de arados bajo el yugo de un simio que empuña un látigo". También desarrolla un análisis entre el éxito evolutivo y sufrimiento del individuo: "Un rinoceronte salvaje que se halle al borde de la extinción está probablemente más satisfecho que un ternero que pasa su corta vida dentro de una caja minúscula, y que es engordado para producir jugosos bistecs. El éxito numérico de la especie del ternero es un pobre consuelo para el sufrimiento que el individuo soporta. Esta discrepancia entre éxito evolutivo y sufrimiento individual es quizás la lección más importante que podemos extraer de la revolución agrícola… Cuando estudiamos la historia de plantas como el trigo y el maíz, quizás la perspectiva puramente evolutiva tiene sentido. Pero en el caso de animales como los bóvidos, las ovejas y los sapiens, cada uno de ellos con un complejo mundo de sensaciones y emociones, hemos de considerar de que manera el éxito evolutivo se traduce en experiencia individual. Veremos que, una y otra vez, un aumento espectacular en el poder colectivo y en el éxito ostensible de nuestra especie iba acompañado de un gran sufrimiento individual".

Actualidad Juridica 36.indd 430 01-09-17 11:59

> criaturas vivas que podían sentir dolor y angustia, y en cambio empezaron a ser tratados como máquinas. En la actualidad, esos animales son producidos en masa en instalaciones que parecen fábricas, y su cuerpo se modela según las necesidades industriales. Pasan toda su vida como ruedas de una línea de producción gigantesca, y la duración y calidad de su existencia están determinadas por los beneficios y pérdidas de la empresas"[16].

Harari observa el surgimiento y desarrollo de una ética de la indiferencia:

> "De la misma manera que el comercio de esclavos en e Atlántico no fue resultado del odio hacia los africanos, tampoco la moderna industria animal está motivada por la animosidad. La mayoría de las personas que producen y consumen huevos, leche y carne rara vez se detienen a pensar en la suerte de las gallinas, vacas y cerdos cuya carne y emisiones nos comemos. A medida que el mundo se moldeaba para que se ajustara a las necesidades de Homo Sapiens, se destruyeron hábitat y se extinguieron especies"[17].

Harari también desarrolla una reflexión sobre la felicidad:

> "Hay muchas pruebas que indican que estamos destruyendo los cimientos de la prosperidad humana en una orgía de consumismo temerario. Podemos felicitarnos por los logros sin precedentes de los sapiens modernos únicamente si ignoramos por completo la suerte de todos los demás animales. Cuando se evalúa la felicidad global, es un error contar solo la felicidad de las clases altas, de los europeos o de los hombres, como quizás también lo sea considerar únicamente la felicidad de los humanos"[18].

Como se ha señalado anteriormente, la reflexión sobre derechos de los seres vivos no humanos puede abrirse más allá del caso de los animales. Christopher D. Stone, profesor estadounidense, publicó un famoso artículo "¿Debieran los árboles tener derecho a representación legal?". En ese texto, levanta pregunta sobre la posibilidad de otorgar derechos a seres vivos más allá de los animales[19].

---

[16] Harari (2015).

[17] *Ibid*.

[18] *Ibid*.

[19] Abrir el tema más allá de los animales abre espacios para analizar ecosistemas y la naturaleza como un todo sistémico. Más allá de reflexiones teóricas sobre la materia, cabe observar lo dispuesto por la Constitución de Ecuador. El artículo 10 en su segundo inciso establece que "la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución". El artículo 71 desarrolla el concepto al disponer que: "la naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona,

Actualidad Juridica 36.indd 431 01-09-17 11:59

Por su parte, el filósofo francés Luc Ferry, señala en su libro *El nuevo orden ecológico:*

> "El humanismo cartesiano es sin duda la doctrina que ha ido más lejos en la desvalorización de la naturaleza en general y en la del animal en particular. Reducido al estatuto de mero mecanismo, la inteligencia, la afectividad y hasta la sensibilidad se le han negado. La teoría de los animales-máquina se presenta como la quinta esencia de lo que cierta ecología moderna denuncia bajo el nombre de antropocentrismo. El animal es, pues, el primer ser con el que nos topamos en el proceso de descentración que conduce de la denuncia de este antropocentrismo a la toma en consideración de la naturaleza como sujeto de derecho"[20].

El caso

El 2 de diciembre de 2013 la organización civil no gubernamental, The Non Human Rights Project, presentó una demanda de *habeas corpus* ante la Corte Suprema del Estado de New York, respecto de unos chimpancés basándose en evidencia científica que probaba que los chimpancés son seres autónomos y con conciencia y, por lo tanto, con titularidad para ser reconocidos como "personas en su sentido legal" con ciertos derechos fundamentales[21].

---

comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza". El artículo 72 dice: "la naturaleza tiene derecho a la restauración". Bolivia también ha adoptado este concepto de "derechos de la madre tierra". Cabe recordar que el 21 de diciembre de 2010, entró en vigor la Ley Nº 71 de Derechos de la Madre Tierra, que tiene por objeto reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del estado y de la sociedad para garantizar el respeto de esos derechos. La madre tierra es un sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La ley enumera un listado de derechos de la madre tierra y establece principios a su respecto. Por ejemplo: "el Estado en sus diferentes, niveles y la sociedad, en armonía con el interés común, deben garantizar las condiciones necesarias para que los diversos sistemas de vida de la Madre Tierra puedan absorber daños, adaptarse a las perturbaciones, y regenerarse sin alterar significativamente sus características de estructura y funcionalidad, reconociendo que los sistemas de vida tienen límites en su capacidad de regenerarse, y que la humanidad tienen límites en su capacidad de revertir sus acciones". En materia de vivir bien y biodiversidad, la Constitución de Ecuador establece: "El Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional. Se declara de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país". "Se declara al Ecuador libre de cultivos y semillas transgénicas". "Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional".

[20] Ferry (1994).

[21] Identificación de la causa: In the Matter of a Proceeding under Article 70 of the CPLR for a Writ of Habeas Corpus, The Nonhuman Rights Project, INC., on behalf of Hercules and

Actualidad Juridica 36.indd 432 01-09-17 11:59

El caso de Hércules & Leo ha generado un importante efecto doctrinario y político, tanto en Estados Unidos como en otros países del mundo. El caso se inserta dentro de un grupo de causas judiciales similares, anteriores y posteriores, que buscan reconocer ciertos derechos a ciertos animales por determinadas razones y circunstancias. Y así, ya es posible observar una eclosión de otros casos en que los derechos de ciertos animales específicos están siendo llevados a tribunales. Es el caso de la chimpancé Cecilia[22] de 2016, el caso Animal Welfare of India de 2014[23], el caso People For Animals vs Md Mohazzim & Anr, del año 2015[24], el caso de la orangutana Sandra[25], caso del

Leo, Petitioner,-against Samuel L. Stanley JR., M.D. as President of State University of New York at Stony Brook a/k/a Stony Brook University and State University of New York at Stony Brook a/k/a Stony Brook University.

[22] En este caso, el Dr. Pablo Buompadre argumenta que Cecilia "ha sido privada ilegítimamente y arbitrariamente de su derecho de la libertad ambulatoria y a una vida digna por parte de autoridades del zoológico de la Ciudad de Mendoza, Argentina. Que su estado de salud físico y psíquico se halla profundamente deteriorado y empeorado día a día con evidente riesgo de muerte siendo deber del estado ordenar urgentemente la libertad de esta persona no humana, que no es una cosa y, por ende, no puede estar sujeto al régimen jurídico de la propiedad sobre la cual cualquier persona pueda tener el poder de disposición de ella".

[23] Supreme Court of India (2014): Animal Welfare Board Of India vs A. Nagaraja & Ors on 7 May, 2014.

[24] Este es un caso de protección de pájaros y en contra de su comercio. Dispone la sentencia: "After hearing both sides, this Court is of the view that running the trade of birds is in violation of the rights of the birds. They deserve sympathy. Nobody is caring as to whether they have been inflicting cruelty or not despite of settled law that birds have a fundamental right to fly and cannot be caged and will have to be set free in the sky. Actually, they are meant for the same. But on the other hand, they are exported illegally in foreign countries without availability of proper food, water, medical aid and other basic amenities required as per law. Birds have fundamental rights including the right to live with dignity and they cannot be subjected to cruelty by anyone including claim made by the respondent. Therefore, I am clear in mind that all the birds have fundamental rights to fly in the sky and all human beings have no right to keep them in small cages for the purposes of their business or otherwise. The petition requires consideration".

[25] Asociación de funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros contra GCBA sobre amparo" expte. A2174-2015/0. 21 de octubre 2015. La sentencia resuelve lo siguiente: "Resuelvo: Hacer lugar a la acción de amparo promovida en los siguientes términos: 1) Reconocer a la orangutana Sandra como un sujeto de derecho, conforme a lo dispuesto por la ley 14.346 y el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en cuanto al ejercicio no abusivo de los derechos por parte de sus responsables –el concesionario del Zoológico porteño y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– 2) Disponer que los expertos amicus curiae Dres. Miguel Rivolta y Héctor Ferrari conjuntamente con el Dr. Gabriel Aguado del Zoológico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires elaboren un informe resolviendo qué medidas deberá adoptar el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en relación a la oraguntana Sandra. El informe técnico tendrá carácter vinculante. 3) El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá garantizar a Sandra las condiciones adecuadas del hábitat y las actividades necesarias para preservar sus habilidades cognitivas".

Actualidad Juridica 36.indd 433 01-09-17 11:59

chimpancé Tommy[26] y el caso de las orcas de 2012[27]. Todo parece indicar que la tendencia se fortalecerá y multiplicará en los años venideros. También es razonable esperar que estos desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios impacten en el desarrollo del Derecho Internacional del Medio Ambiente[28].

[26] The People of The State of New York ex rel. The Nonhuman Rights Project, INC., on Behalf of Tommy, Appellant, v Patrick C. Lavery, Individually and as an Officer of Circle L Trailer Sales, Inc., etal. State of New York Supreme Court, Appellate Division Third Judicial Department. December 4, 2014.

[27] Tilikum, Katina, Corky, Kasatka, and Ulises, five orcas, Plaintiffs, by their Next Friends, People for the Ethical Treatment of Animals, Inc., Richard "Ric" O'Barry, Ingrid N. Visser, Ph.D., Howard Garrrett, Samantha Berg, and Carol Ray, vs. Sea World Parks & Entertainment, Inc. and Sea World, LLC. United States District Court Southern District of California. February 8, 2012. En su parte resolutiva, la sentencia dispone lo siguiente "Even though Plaintiffs lack standing to bring a Thirteenth Amendment claim, that is not to say that animals have no legal rights; as there are many state and federal statutes affording redress to Plaintiffs, including, in some instances, criminal statutes that "punish those who violate statutory duties that protect animals." Cetacean, 386 F.3d at 1175. While the goal of Next Friends in seeking to protect the welfare of orcas is laudable, the Thirteenth Amendment affords no relief to Plaintiffs. In sum, the court dismisses the action with prejudice for lack of subject matter jurisdiction. The Clerk of Court is instructed to close the file".

[28] La sentencia de la Corte Suprema de India es muy interesante por un número significativo de razones. Una de estas es que propone una gradación en tres etapas del Derecho Internacional del Medio Ambiente. En la primera etapa se establecen acuerdos internacionales de protección del ambiente por razones de interés de la especie humana. En la segunda etapa, los tratados ambientales tienen por propósito la búsqueda de equidad internacional. En la tercera etapa, los tratados internacionales de contenido ambientales reconocen que la naturaleza posee derechos propios. Respecto de esta tercera etapa, la sentencia dispone lo siguiente: "The Third Stage: Natures own rights. Recent Multinational instruments have asserted the intrinsic value of nature. UNEP Biodiversity Convention (1992) Conscious of the intrinsic value of biological diversity and of the ecological, genetic, social, economic, educational, cultural, recreational and aesthetic values of biological diversity and its components ... [we have] agreed as follows:.. The World Charter for Nature proclaims that every form of life is unique, warranting respect regardless of its worth to man. The Charter uses the term nature in preference to environment with a view to shifting to non-anthropocentric human- independent terminology. 48. We have accepted and applied the eco-centric principles in T. N. Godavarman Thirumulpad v. Union of India and Others (2012) 3 SCC 277, T. N. Godavarman Thirumulpad v. Union of India and Others (2012) 4 SCC 362 and in Centre for Environmental Law World Wide Fund - India v. Union of India and Others (2013) 8 SCC 234. 49. Based on eco-centric principles, rights of animals have been recognized in various countries. Protection of animals has been guaranteed by the Constitution of Germany by way of an amendment in 2002 when the words and the animals were added to the constitutional clauses that obliges state to respect animal dignity. Therefore, the dignity of the animals is constitutionally recognised in that country. German Animal Welfare Law, especially Article 3 provides far-reaching protections to animals including inter alia from animals fight and other activities which may result in the pain, suffering and harm for the animals. Countries like Switzerland, Austria, Slovenia have enacted legislations to include animal welfare in their national Constitutions so as to balance the animal owner's fundamental rights to property and the animal's interest in freedom from unnecessary suffering or pain, damage and fear".

Actualidad Juridica 36.indd 434 01-09-17 11:59

Hércules y Leo son dos chimpancés de propiedad del New Iberia Research Center, y usados en investigación experimental relacionada con el movimiento, en el Departamento de Anatomía de la Stony Brook University, en Stony Brook, NY.

El objetivo de la demanda era la liberación de los chimpancés y que estos fueran llevados a un santuario parte del North American Primate Sanctuary Alliance (NAPSA), de manera que puedan vivir en un entorno con otros animales de su especie y en las condiciones más cercanas, dentro de lo posible, a una vida en la naturaleza[29].

Steven M. Wise, fundador y presidente de The Non Human Rights Project, la organización a cargo de la demanda, declaró al inicio de la misma:

> "nadie ha demandado derechos para un animal no humano hasta la fecha, y que se le pedirá a los jueces que reconozcan por vez primera, que estos seres cognitivamente complejos y autónomos, tienen el derecho básico a no ser prisioneros".

Wise también declaró en la ocasión:

> "no hace mucho tiempo atrás, la gente estimaba que los esclavos humanos no eran personas legales, sino que simplemente eran propiedad de sus dueños. (En esta causa) afirmaremos, basados en clara evidencia científica, que ha llegado el tiempo de dar el siguiente paso y reconocer que estos animales no humanos no pueden seguir siendo explotados como propiedad de sus propietarios humanos".

La base teórica de la demanda se encuentra evidencia genética, cognitiva, fisiológica, evolucionaria, y taxonómica que los chimpancés son seres conscientes y autónomos[30]. De esta forma, la organización demanda dere-

[29] La causa han sido argumentada por las partes utilizando doctrinas de Derecho Internacional que reconocen ciertos derechos a los animales *per se* y no como propiedad de seres humanos. Así, la decisión judicial de admitir a tramitación el *habeas corpus* es interesante por diversas razones. Primero porque reconoce que ciertos animales podrían ser sujetos beneficiarios del *habeas corpus*, institución legal tradicionalmente entendida solo respecto de seres humanos. Algunos han llegado a especular que, de esta forma, la Corte le habría concedido a los chimpancés la calidad de personas no humanas. Segundo, porque la discusión jurídica se ha construido en gran medida sobre la base de doctrina de Derecho Internacional sobre derechos de los animales. Tercero, porque la relevancia y novedad de la causa, unida a la jerarquía y fama del tribunal, ha generado interés en la opinión pública internacional y es razonable pensar que otros tribunales podrían recibir acciones similares en los próximos meses. Cabe recordar, que en diciembre de 2014 Proyecto Gran Simio (PGS) y la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (AFADA) siguieron un proceso similar ante la Cámara de Casación Penal de Argentina, para la orangután Sandra, privada de libertad en el zoo de Palermo (Buenos Aires) con el objetivo de trasladarla al centro de rescate que Proyecto Gran Simio tiene en São Paulo (Brasil).

[30] Esta consideración fue central en la sentencia del caso de la chimpancé Cecilia, en Argentina de 2016: "Ahora bien, es una regla de la sana crítica racional que los animales son

Actualidad Juridica 36.indd 435 01-09-17 11:59

chos apropiados para los chimpancés de acuerdo con evidencia científica existente[31].

Por su parte, la causa legal de la acción es la institución del *habeas corpus*, existente en la tradición jurídica del *Common Law*, a través de la cual, alguien que se encuentra cautivo, por ejemplo, en prisión, busca justicia a través de lograr que el juez exija a sus captores que exhiban las causas y razones que justificarían el derecho de retenerlo. En forma más específica, la acción se basa en un caso que tuvo lugar en Inglaterra, el año 1772, cuando el esclavo americano James Somerset, que había sido llevado a Londres por su dueño, escapó, fue recapturado y llevado encadenado a un barco pronto a zarpar hacia los mercados de esclavos de Jamaica. Con la ayuda de un grupo de abogados abolicionistas, los padrinos de Somerset interpusieron un *habeas corpus* en su nombre, que desafiaba su clasificación legal como una cosa. El caso fue visto por el Chief Justice of the Court of King's Bench, lord Mansfield, quien dictaminó que Somerset no era una cosa objeto de propiedad, sino una persona legal, y ordenó su libertad.

El Estado de New York reconoce la continua vigencia de la acción de *habeas corpus*. La jurisprudencia del Estado, construida de acuerdo con sus precedentes, permitió a esclavos usar el sistema para desafiar su estatus

seres sintientes en tanto les comprenden las emociones básicas. Los expertos en la materia coinciden de forma unánime en la proximidad genética que tienen los chimpancés con los seres humanos y agregan que estos tienen capacidad de razonar, son inteligentes, tienen conciencia de sí mismos, diversidad de culturas, expresiones de juegos mentales, manifestaciones de duelo, uso y fabricación de herramientas para acceder a los alimentos o resolver problemas sencillos de la vida cotidiana, capacidad de abstracción, habilidad para manejar símbolos en la comunicación, conciencia para expresar emociones tales como la alegría, frustraciones, deseos o engaños, organización planficada para batallas intra-específica y emboscada de caza, poseen habilidades metacognitivas; poseen estatus moral, psíquico y físico; poseen cultura propia, poseen sentimientos de afecto (se acarician y se acicalan), son capaces de engañar, usan símbolos para el lenguaje humano y utilizan herramientas (véase fs. 200/209, 214/234, 235/240)".

[31] El caso de la chimpancé Cecilia razona en la misma dirección: "Resulta innegable que los grandes simios, entre los que se encuentra el chimpancé, son seres sintientes por ello son sujetos de derechos no humanos. Tal categorización en nada desnaturaliza el concepto esgrimido por la doctrina. El chimpancé no es una cosa, no es un objeto del cual se puede disponer como se dispone de un automóvil o un inmueble. Los grandes simios son sujetos de derecho con capacidad de derecho e incapaces de hecho, en tanto, se encuentra ampliamente corroborado según la prueba producida en el presente caso, que los chimpancés alcanzan la capacidad intelectiva de un niño de 4 años. Los grandes simios son sujetos de derechos y son titulares de aquellos que son inherentes a la calidad de ser sintiente. Esta afirmación pareciera estar en contraposición con el derecho positivo vigente. Pero solo es una apariencia que se exterioriza en algunos sectores doctrinarios que no advierten la clara incoherencia de nuestro ordenamiento jurídico que por un lado sostiene que los animales son cosas para luego protegerlos contra el maltrato animal, legislando para ello incluso en el campo penal. Legislar sobre el maltrato animal implica la fuerte presunción de que los animales 'sienten' ese maltrato y de que ese sufrimiento debe ser evitado, y en caso de producido debe ser castigado por la ley penal.

Actualidad Juridica 36.indd 436 01-09-17 11:59

y establecer su derecho a la libertad. El Estado adoptó la decisión de lord Mansfield en el caso Somerset.

En un primer momento se presentaron tres *habeas corpus*, pero el de Leo y Hércules es especialmente interesante por los razonamientos que se llevaron a cabo durante el procedimiento. El tribunal de primera instancia rechazó los tres *habeas corpus*[32]. La razón de este rechazo fue que los chimpancés no pueden ser considerados como personas para los efectos del artículo 70 de la Ley de Procedimiento del Estado[33]. Así, el siguiente paso fue apelar ante la Corte de Apelaciones del Estado de New York alegando que los chimpancés si califican para los efectos del artículo 70 de la Ley de Procedimiento del Estado.

La apelación del caso de Hércules y Leo se presentó ante la Segunda Sala de Apelaciones, en Brooklyn. Allí la Corte rechazó la apelación de plano. En la sentencia se señala que la apelación es rechazada también debido a su naturaleza académica

Frente al rechazo de la apelación, la organización decidió volver a presentar el recurso, el 19 de marzo de 2015, ante la Corte Suprema del Estado, en Manhattan. El 20 de abril de 2015, la ministra de la Corte Suprema del Estado de New York, Bárbara Jaffe, otorgó admisibilidad a la solicitud de *habeas corpus* a favor de Hércules y Leo. Esta decisión significó que la Stony Brook University, representada por el Attorney General of New York, tuvo que presentarse ante la Corte para argumentar razones legales suficientes para justificar la detención de los chimpancés.

La organización interpretó esta decisión como un reconocimiento de la Corte de la calidad de personas de Leo y Hércules. Sin embargo, prontamente, moderó esta interpretación señalando que lo que la Corte había decidido era simplemente la admisibilidad del recurso y que el fondo de la materia se decidiría en los alegatos orales pertinentes.

El fiscal del Estado (Attorney General) presentó un documento señalando que el caso pertenecía al condado de Suffolk y que no procedía verlo

[32] In the case of Hercules and Leo, the judge did not hold a hearing. Instead, the Hon. W. Gerard Asher wrote a brief decision in which he denied the petition for habeas corpus on the basis, once again, that chimpanzees are not considered "legal persons".

[33] Sin perjuicio de la decisión, es interesante analizar la declaración del juez Joseph Sise a propósito de otro de los juicios (el del chimpancé Tommy): "Your impassioned representations to the Court are quite impressive. The Court will not entertain the application, will not recognize a chimpanzee as a human or as a person who can seek a writ of habeas corpus under Article 70 [a procedural statute]. I will be available as the judge for any other lawsuit to right any wrongs that are done to this chimpanzee because I understand what you're saying. You make a very strong argument. However, I do not agree with the argument only insofar as Article 70 applies to chimpanzees. "Good luck with your venture. I'm sorry I can't sign the order, but I hope you continue. As an animal lover, I appreciate your work". Para los demandantes, aquí está la base de la futura apelación, esto es, si los chimpancés califican como sujetos para lo preceptuado por el artículo 70.

Actualidad Juridica 36.indd 437 01-09-17 11:59

en Manhattan. El Comité de Cuidado Animal de la Universidad presentó un documento indicando los protocolos, estándares y certificaciones de las que goza respecto del trato y cuidado de animales.

El 30 de julio de 2015, la ministra Bárbara Jaffe emitió su decisión rechazando el *habeas* corpus de Leo y Hércules, en un texto de treinta y tres páginas. La ministra señaló que "por ahora" debe ceñirse a lo determinado por otra causa similar respecto de un chimpancé (Tommy) en que se rechazó su petición de *habeas corpus*[34].

La sentencia contiene argumentaciones interesantes para los efectos del desarrollo de los derechos de los animales:

1. La personalidad legal no es algo necesariamente sinónimo con ser humano… más bien, los parámetros de la personalidad legal han sido y continuarán siendo objeto de debate y discusión entre los teóricos del derecho, comentaristas y tribunales, y no se centrará en semántica o biología, y ni siquiera en filosofía, sino que en la adecuada asignación de derechos de acuerdo con el derecho, preguntándose en efecto, quién cuenta en nuestro sistema jurídico[35].

[34] La sentencia del caso de la chimpancé Cecilia es especialmente interesante en el desarrollo de los derechos de los animales, tanto en sus razonamientos como en la parte resolutiva. Allí se dispone lo siguiente "Resuelvo: I.- Hacer lugar a la acción de habeas corpus interpuesta por el Dr. Pablo Buompadre, Presidente de la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales –A.F.A.D.A., con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Rauek. II.- Declarar a la chimpancé Cecilia, actualmente alojada en el zoológico de la Provincia de Mendoza, sujeto de derecho no humano. III.- Disponer el traslado del chimpancé Cecilia al Santuario de Sorocaba, ubicado en la República del Brasil el que deberá efectuarse antes del inicio del otoño, conforme lo acordado por las partes. IV.- Destacar la colaboración de la Magister Mariana Caram, Directora del Zoológico, Adm. de Parques y Zoológico, el Arq. Ricardo Mariotti, Administrador General, el Lic. Humberto Mingorance, Secretario de Ambiente y Ordenamiento Territorial y el Lic. Eduardo Sosa Jefe de Gabinete de Secretaría de Ambiente, para la resolución del presente caso. V.- Solicitar a los integrantes de la Honorable Legislatura de la Provincia de Mendoza proveer a las autoridades competentes de las herramientas legales necesarias para hacer cesar la grave situación de encierro en condiciones inapropiadas de animales del zoológico tales como el elefante africano, los elefantes asiáticos, leones, tigres, osos pardos, entre otros, y de todas aquellas especies exóticas que no pertenecen al ámbito geográfico y climático de la Provincia de Mendoza. VI.- Recordar las siguientes reflexiones: 'Podemos juzgar el corazón de una persona por la forma en que trata a los animales' (Immanuel Kant). 'Hasta que no hayas amado a un animal una parte de tu alma permanecerá dormida' (Anatole France). 'Cuando un hombre se apiade de todas las criaturas vivientes, sólo entonces será noble'. (Buda). 'La grandeza de una nación y su progreso moral puede ser juzgada por la forma en que sus animales son tratados' (Gandhi)".

[35] Esta idea es recogida también en la sentencia del Caso de la chimpancé Cecilia: "Por ello, en la presente no se intenta igualar a los seres sintientes –animales– a los seres humanos como así tampoco se intenta elevar a la categoría de personas a todos los animales o flora y fauna existente, sino reconocer y afirmar que los primates son personas en tanto sujetos de derechos no humanos y que ellos poseen un catálogo de derechos fundamentales que debe ser objeto de estudio y enumeración por los órganos estatales que correspondan, tarea que

Actualidad Juridica 36.indd 438 01-09-17 11:59

2. La organización tenía capacidad de comparecer en representación de los chimpancés.
3. Los esfuerzos para extender derechos legales a los chimpancés son entonces comprensibles. Algún día, pueden llegar a tener éxito. Por ahora, sin embargo, dados los precedentes respecto de los cuales estoy obligada, ordeno que la petición de *habeas corpus* sea rechazada.

Y para cerrar sobre el caso, dos informaciones:

1. El día 20 de agosto de 2015, la organización presentó un recurso de apelación respecto de la decisión de la Corte Suprema del Estado de New York que rechazó su petición de *habeas corpus*.
2. La Stony Brook University ha declarado que ha tomado la decisión de no seguir experimentando con Leo y Hércules.

Ideas finales

El tema de los derechos de los animales está en un periodo de profundización, densificación y sofisticación, pasando de la etapa de toma de conciencia y desarrollo de una conciencia ética contraria al maltrato y malas condiciones de vida, a la etapa de incorporación de derechos en cuerpos jurídicos nacionales e internacionales. Esta nueva situación ha permitido la presentación de casos ante tribunales de justicia y la dictación de sentencias que, además del valor que tienen para el caso específico en que se dictan, generan construcción jurisprudencial que se alimenta y que nutre a la vez la creación doctrinaria.

Bibliografía

Bentham, Jeremy (1780): *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (New York, Dover Publications) Capítulo 17.

Campusano Droguett, Raúl y Contreras, Francisco (2015): "El Concepto de Desarrollo Sustentable en la Doctrina y en la Práctica de Tribunales Nacionales", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 31: pp. 119-156.

excede el ámbito jurisdiccional. Los animales deben estar munidos de derechos fundamentales y una legislación acorde con esos derechos fundamentales que ampare la particular situación en la que se encuentran, de acuerdo con el grado evolutivo que la ciencia ha determinado que pueden alcanzar. No se trata aquí de otorgarles los derechos que poseen los seres humanos sino de aceptar y entender de una buena vez que estos entes son seres vivos sintientes, que son sujetos de derechos y que les asiste, entre otros, el derecho fundamental a nacer, a vivir, a crecer y morir en el medio que les es propio según su especie. No son los animales ni los grandes simios objeto de exposición como una obra de arte creada por el hombre".

Actualidad Juridica 36.indd 439 01-09-17 11:59

Campusano Droguett, Raúl (2014): *El Buen Vivir y los Derechos de la Naturaleza en las Nuevas Constituciones de Bolivia y Ecuador. Acta de las VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos Naturales: Sustentabilidad o sobreexplotación?* (Santiago, Legal Publishing, Thomson Reuters).

Campusano Droguett, Raúl (2014): "Régimen Jurídico de la Naturaleza en la Constitución de Ecuador", en *Actualidad Jurídica*, N° 30: pp. 305-326.

Campusano Droguett, Raúl (2014): "Cambio Climático y Migraciones: Desafíos para el Derecho y las Políticas Públicas", en *Actualidad Jurídica*, N° 29: pp. 239-254.

Campusano Droguett, Raúl (2013): *Derechos Humanos y Medio Ambiente. XLIII Jornadas de Derecho Público* (Concepción, Universidad de Concepción octubre 2013).

Campusano Droguett, Raúl (2012): *Desde la Certeza de la Regla a la Diversidad de la Práctica: El Nuevo Derecho Internacional del Medio Ambiente. VI Jornadas de Derecho Ambiental* (Santiago, Universidad de Chile agosto 2012).

Ferry, Luc (1994): *El nuevo orden ecológico. El árbol, el animal y el hombre* (Barcelona, Tusquets).

Harari, Yuval Noah (2016): *Homo Deus. A Brief History of Tomorrow* (UK, Penguin Random House).

Harari, Yuval Noah (2015): *Sapiens. A Brief History of Humankind* (Nueva York, Harper Collins).

Jonas, Hans (1996): *The Phenomenon of Life. Toward a Philosophical Biology* (North Western, University Press).

Klein, Naomi (2015): *This Changes Everything. Capitalism v. The Climate* (*Nueva York*, Simon & Schuster).

Lecaros, Juan Alberto (2009): *Manual Introductorio a la Ética Medio Ambiental. Principios Éticos y Valores para el Ciudadano de la Sociedad Global* (Barcelona, Fundación MAPFRE).

Leopold, Aldo (1949): *A Sand County Almanac and Sketches Here and There* (Oxford, Oxford University Press).

Naess, Arne (1989): *Ecology, community and lifestyle. Outline of an Ecosophy* (Cambridge, Cambridge University Press)

Nash, Roderick Frazier (1989): *The Rights of Nature. A History of Environmental Ethics* (Wisconsin, University of Wisconsin Press)

Passmore, John (1978): *La responsabilidad del hombre frente a la naturaleza (*Madrid, Alianza).

Regan, Tom (1985): *The Case for Animal Rights* en Peter Singer (editor), In Defense of Animals (Nueva York, Basil Blackwell) pp. 13-26.

Regan, Tom (1980): "Animal Rights, Human Obligations", en *Environmental Ethics*, Vol. 2 N° 2: pp 99- 120.

Riechmann, Jorge (2005): *Todos los animales somos hermanos. Ensayos sobre el lugar de los animales en las sociedades industrializadas.* (Madrid, Catarata).

Actualidad Juridica 36.indd 440 01-09-17 11:59

Singer, Peter (1989): "All Animals are Equals", en Tom Regan y Peter Singer (editores.), *Animal Rights and Human Obligations* (New Jersey, Prentice-Hall) pp. 148- 162.

Singer, Peter (1975): *Animal Liberation: A New Ethics for our Treatment of Animals* (Nueva York, Harper Collins).

Stutzin, Godofedro (1978): "Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza", en *Revista Atenea*, N° 2.

Taylor, Paul (1986): *Respect for Nature. A Theory of Environmental Ethics* (New Jersey, Princeton University Press).

Wissenburg, Marcel (2016): "The Anthropocene, Megalomania, and the Body Ecologic", en Philipp Pattberg y Fariborz Zeli (editores), *Environmental Governance in the Anthropocene: Institutions and Legitimacy in a Complex World* (Londres, Routledge) pp. 15-30.

Wissenburg, Marcel (2016): *Disarming the Anthropocene, Keynote closing lecture, ECPR Summer School in Environmental Politics & Policy, Lille* (Nottingham, The University of Nottingham).

Wissenburg, Marcel (2016): "Geo-engineering: a curse or a blessing? Paper for the ECPR Joint Sessions of workshops, Pisa", en *Workshop on Environmental Political Theory in the Anthropocene*: pp. 24-28.

Wissenburg, Marcel y Scholsberg, David (editores) (2014): *Political Animals and Animal Politics* (UK, Palgrave Macmillan).

Wissenburg, Marcel (2016): "An Agenda for Animal Political Theory", en Marcel Wissenburg and David Schlosberg (editores), *Political Animals and Animal Politics, Hargreaves* (UK; Palgrave Macmillan Animal Ethics Series) pp. 30-43.

Wissenburg, Marcel (2014): "From Animal Ethics to Animal Political Philosophy", en *Paper for the 2nd Annual OZSW Conference in Philosophy*, Nijmegen: pp. 7-8.

Wissenburg, Marcel (2005): *Mens, natuur en onderwerping: Een humanistisch perspectief op de intrinsieke waarde van de natuur* (NL, Wageningen Universiteit).

Wissenburg, Marcel (2007): "Ecologie en Hedendaags Humanisme", en *Tijdschrift voor Humanistiek*, Vol. 8: pp. 2-7.

Wissenburg, Marcel (2012): "Politiek, Leefomgeving en Natuur", en Marten Terpstra (editor), *Onenigheid en gemeenschap* (Amsterdam, Boom) pp. 307-412.

Wissenburg, Marcel (1998): *Green Liberalism. The free and the green society* (London, UCL Press).

Jurisprudencia

Caso Chimpancé Cecilia. Tercer Juzgado de Garantías. Poder Judicial de Mendoza. Expediente número: P-72.254/15. 3 de noviembre 2016.

The Non Humanrights Project INC., on behalf of Hercules & Leo v. Samuel L. Stanley JR, M.D. as President of State University of New York at Stony Brook

Actualidad Juridica 36.indd 441 01-09-17 11:59

and State University of New York. Supreme Court of the State of New York. In the Matter of a Proceeding under Article 70 of the CPLR for a Writ of Habeas Corpus. July 29, 2015.

Animal Welfare Board Of India vs A. Nagaraja & Ors on 7 May, 2014. Supreme Court of India.

People For Animals vs Md Mohazzim & Anr on 15 May, 2015. High Court of Delhi.

Caso Organgután Sandra. Asociacion de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y Otros contra GCBA sobre Amparo" EXPTE. A2174-2015/0. 21 de octubre 2015.

The People of The State of New York ex rel. The Nonhuman Rights Project, INC., on Behalf of Tommy, Appellant, v Patrick C. Lavery, Individually and as an Officer of Circle L Trailer Sales, Inc., etal. State of New York Supreme Court, Appellate Division Third Judicial Department. December 4, 2014

Tilikum, katina, corky, kasatka, and ulises, five orcas, plaintiffs, by their next friends, people for the ethical treatment of animals, inc., richard "ric" o'barry, ingrid n. Visser, ph.d., howard garrrett, samantha berg, and carol ray, vs. Sea world parks & entertainment, inc. And sea world, llc. United states district court southern district of california. February 8, 2012.

Actualidad Juridica 36.indd 442 01-09-17 11:59

IURA NOVIT CURIA

Héctor Oberg Yáñez[*]

Resumen: Trata esta exposición de traer a nuestro tiempo lo que es de antigua data en el campo del Derecho Procesal, particularmente por la aplicación que debe realizar el juzgador del aforismo *iura novit curia*. Por cierto, es una simple remembranza de lo mucho que se ha dicho y escrito sobre el tema, y que puede ser de utilidad para aquellos que en un momento determinado tengan que verificar si el tribunal ha hecho uso de las facultades que le confiere el citado brocardo correctamente, vale decir, que ha respetado la causa de pedir formulada por las partes, o en otros términos que se respetó el objeto procesal.

Palabras Clave: *Iura Novit Curia* – Derecho Procesal – Deber/poder del juez

Abstract: This exhibition seeks to bring to our time what is of old data in the field of procedural law, particularly for the application to be made by the judge of the aphorism iura novit curia. Indeed, it is a simple remembrance of how much has been said and written on the subject, and that may be useful for those who at a given time have to verify whether the court has made use of the powers conferred on it Correctly, that is to say that it has respected the cause of request formulated by the parties, or in other terms that the procedural object was respected.

Key Words: Iura Novit Curia – Procedural law – Duty / Power of the Judge.

* * *

Podría pensarse que escribir algo sobre este aforismo hoy carece de toda trascendencia. Empero, estimamos que tal parecer no se ajusta a la realidad procesal que se vive en nuestro país, pues las sucesivas leyes han ido modificando aquel principio que en tiempos pretéritos –aún actuales– sostiene que nuestra justicia es rogada, que los jueces son pasivos. Es posible observar este cambio en los tribunales de familia, laborales, ambientales y otros, en los cuales el juez asume un papel activo en la *litis* de que se trata. Aún más, en el proyecto

[*] Profesor titular Departamento Derecho Procesal, Universidad del Desarrollo.

Actualidad Juridica 36.indd 443 01-09-17 11:59

de un nuevo código procesal civil es dable contemplar esa actividad oficiosa del juzgador *in extremis*.

Nada nuevo bajo el sol. No se trata en esta exposición de nuevas ideas o pensamientos sobre este brocardo, es más simple decir que se trata de un breve repaso acerca del origen y contenido del mismo, y de paso indicar la abundante bibliografía sobre el tema en referencia[1]. Quienes han investigado este aforismo han concluido que nace en el siglo XIII o XIV, probablemente derivaría de la interrupción que se le formulara a un abogado que disertaba preponderamente en estrado sobre aspectos jurídicos, señalándose *Venite ad factum. Curia novit ius*. A la postre, sea que haya acontecido o no esta circunstancia, lo cierto es que tal opinión magistral ha prevalecido hasta nuestros días. Para los sabedores de latín es posible que observen la palabra '*iura*', en atención que ella denota un plural y que, por consiguiente, su traducción real sería 'los derechos' y no 'el derecho', ya que este utilizaría el singular '*ius*'. Con todo, lo cierto es que se utiliza el plural para comprender lo singular desde remotos tiempos, y así es conocido entre nosotros.

Una nueva interrogante puede derivar de este aforismo: ¿qué derecho o derechos debe conocer la curia?,¿será el derecho subjetivo, o el derecho adjetivo, o el derecho consuetudinario, el derecho extranjero o ambos? Las respuestas son discordantes y quedan entregadas al criterio del opinante. No entraremos a dilucidar el problema en cuestión y sí conviene tener en consideración que el juez no es un sabelotodo, es un simple ser humano investido de ciertos poderes que lo colocan como juzgador de las pretensiones de los litigantes. Con todo, valga la pena mencionar el pensamiento de Savigny[2] sobre el particular: "el juez puede y debe conocer la regla… tanto si la regla emana de la ley, del derecho consuetudinario o del derecho científico". Agreguemos que el *Digesto*[3] era aún más exigente, pues prescribía "Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem" (saber las leyes no es conocer sus palabras, sino su fuerza y su valor). En todo caso, será menester concordar el tiempo, la época en que la ley se dictó a fin de concordar el derecho que de ella fluye para darle una adecuada interpretación, o en su defecto acudir a la equidad. La interpretación completa la ley, y la curia, de esta suerte, da cabal cabida a este aforismo que nos preocupa. Cumple, entonces, su función jurisdiccional de administrar justicia, ya que donde no hay justicia no puede haber derecho ni libertad.

De lo que se ha ido exponiendo aparece como referencia frecuente el aludir a la costumbre, al Derecho Consuetudinario, y que tiene su justificación el haber sido, y aun lo es en ciertos países, regiones o zonas (modernamente conocidas con el apelativo de "máximas de la experiencia"), el

[1] Véase Sentis Melendo (1957).

[2] Traité, p. 180, citado por Sentis Melendo (1957), p. 222.

[3] *Digesto* lib. I, tit. III, ley 17.

Actualidad Juridica 36.indd 444 01-09-17 11:59

antecedente necesario del Derecho escrito, de la ley, y cuando esta predominó fue preciso componer la curia con agentes conocedores y sabedores de aquella. Y así, un autor[4] se refiere:

> "a los jueces no magistrados que había al lado del juez-magistrado; a los mismos se le llamaba en calidad de conocedores del derecho consuetudinario. Se denominaban 'guidici dell'uso' (jueces del uso), además de 'laici' (laicos, profanos), 'giurati' (jurados), 'probiviri' (hombres buenos), 'idioti' (idiotas); ha de tenerse en cuenta que si bien actualmente, en castellano, a la palabra idiotez no se le da otro significado que el de carencia de toda instrucción, y aún el de 'transtorno mental, caracterizado por la falta congénita y completa de las facultades intelectuales', en su origen, etimológicamente, lo mismo en castellano que en italiano, idiota fue el hombre apartado de los negocios, que no tiene oficio público; el simple particular; la persona común, del vulgo. Fue la teología la que más contribuyó a dar el sentido de estúpido, insensato a esta palabra". Todo esto en la Edad Media.

Se ha dicho que la regla *iura novit curia* tiene dos caras:

1) como DEBER del juez de conocer y aplicar de oficio la norma que viene al caso;
2) como PODER del juez de buscar y aplicar de oficio la norma que hace al caso, aun cuando la parte interesada no haya tomado la iniciativa de alegar y probar su existencia (Piero Calamandrei)[5].

En consecuencia, el juez tiene el deber de conocer el derecho y aplicarlo; el poder lo tiene como un efecto que se deriva del deber. Sin embargo, la *curia* tiene un límite en la aplicación de esta máxima pues debe respetar la causa *petendi* de la pretensión de los litigantes, dado que el juzgador al pronunciar su fallo deberá sujetarse a los términos de la contienda, que involucra, a su vez, al principio de congruencia, y que nuestro *Código de Procedimiento Civil* llama mérito del proceso (art. 160).

Al decir de Andrés de la Oliva Santos[6]: La correcta aplicación de la regla *iura novit curia* es doble:

1) el tribunal debe respetar, en su esencia, la causa *petendi* de la pretensión del litigante;
2) que los demás litigantes hayan podido, lo mismo que el tribunal, conocer y afrontar ese genuino fundamento de la pretensión.

El tribunal, al dictar sentencia, debe moverse dentro de los términos de la contienda procesal, sin sorprender a una u otra parte con lo que no hubieran po-

[4] MANZINI (1949), citado por SENTIS MELENDO (1957), p. 223. La mención es a la Edad Media.

[5] *Rivista di Diritto Processuale Civile* (1938), pp. 120-127, citada por SENTIS MELENDO (1957) p. 219.

[6] DE LA OLIVA (2005), p. 70.

Actualidad Juridica 36.indd 445 01-09-17 11:59

dido debatir. Esta regla significa que es innecesario probar el Derecho vigente y alegarlo exhaustivamente y completa precisión, pero, al mismo tiempo, no implica relevar a las partes de la carga de formular alegaciones jurídicas y de establecer el fundamento jurídico de sus pretensiones, sino que permite combinar la correcta aplicación del Derecho con el derecho de las partes a disponer de lo suyo, con la estructura contradictoria del proceso y con las garantías de la defensa en juicio. De esta suerte, por ejemplo, esta regla puede aplicarse:

1) Cuando una o varias normas positivas han sido citadas erróneamente, pero de lo alegado y pedido por la parte se desprende sin duda cuál es la norma o el conjunto de normas que se pretende hacer valer.
2) Cuando no se cita una o varias normas positivas, pero está claro que el litigante apoya su pretensión en ella o ellas.
3) Cuando un principio general del Derecho ha sido incorrectamente denominado, pero por lo alegado y pedido, cabe deducir cuál es ese principio general.
4) Cuando un negocio jurídico es erróneamente calificado o designado por el litigante, pero es posible deducir de sus alegaciones y peticiones qué negocio jurídico es ese en que se apoya.
5) Cuando se comete error al calificar jurídicamente un hecho o circunstancia alegados como fundamento de lo que se pide, pero lo que se alega y lo que se pide permite conocer el fundamento jurídico en que quiere el litigante apoyar su pretensión.
6) Cuando en su argumentación jurídica, el litigante incurre en contradicciones internas o en confusiones o errores, por ejemplo, alega, mezcladas normas relevantes y normas irrelevantes, o normas o instituciones jurídicas entre si contradictorios, pero es posible por los hechos que alega, por la pretensión que formula y por las argumentaciones jurídicas que expone, determinar cuál es la base o fundamento principal de su pretensión y, en su caso, la base o bases en que subsidiariamente se apoya.

En estos casos de errores positivos o de omisiones el tribunal puede, sin incurrir en incongruencia aplicar el Derecho que conoce". En estas situaciones el juez suple el defecto de las partes en materia de Derecho, pero no en los hechos; estos incumben a las partes, el derecho es función del juez. Así también lo expresa Ulpiano al señalar: "qua quisque actione agere volet, eam edere debet" (el que quiere ejercitar una acción debe ponerla claramente de manifiesto). Y lo confirma Paulo cuando dice: "ambigua intenti ita accipendia est, ut res salva actori sit" (la demanda ambigua ha de ser interpretada de modo que al actor le quede a salvo la cosa).

En íntima relación con el aforismo que nos preocupa se encuentra otro brocardo, que con otras palabras significa lo mismo, que es del tenor siguiente: *da mihi factum, dabo tibi ius.* Nuestro *Código Orgánico de Tribunales* no es ajeno a lo anotado, pues establece (art. 83), refiriéndose a la forma en que deben tomarse los acuerdos:

Actualidad Juridica 36.indd 446 01-09-17 11:59

> "se establecerán primeramente con precisión los hechos sobre que versa la cuestión que debe fallarse... y establecidos los hechos... se procederá aplicar las leyes que fueren del caso...".

Desde la vigencia del *Código Civil* en nuestro país, se ha insistido en este deber de conocer el Derecho por los jueces. Es así que se pregona que desde la publicación de la ley se entiende conocida de todos (incluso por el juez) y será obligatoria (art. 7). Agregando que nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que haya entrado en vigencia (art. 8), asumiendo el carácter de obligatoria para todos los habitantes de la república (art. 14).

Reafirma, a nuestro parecer, la aplicación de este aforismo el contenido del Mensaje al *Código de Procedimiento Civil*, al registrar que se da "a los magistrados mayor latitud en sus atribuciones..., mayor iniciativa e intervención...". Años más tarde se vuelve a insistir en este predicamento[7], al predicar que:

> "[a los] jueces se les saca de su rol pasivo de meros espectadores... para llevarlos al plano de personeros activos de la justicia, premunido de las facultades necesarias para establecer la verdad jurídica que permita... dar a cada uno lo suyo".

A modo de conclusión, puede decirse que al juez le corresponde aplicar el Derecho prescindiendo de la opinión jurídica de las partes, calificar los hechos alegados en las pretensiones de los litigantes y, a la postre, determinar la norma que estime adecuada al caso, considerando que:

> "la acción se determina por el objeto y no por el precepto legal aplicable; que el juez puede y debe subsanar el error en que la parte haya incurrido al calificar la acción; pero no puede modificar el objeto de la misma"[8].

En la aplicación el órgano juzgador deberá, en su caso, tener en consideración lo prescrito por el *Código de Derecho Internacional Privado* (arts. 408 al 411). El primero de los cuales señala: "los jueces y los tribunales de cada Estado aplicarán de oficio cuando proceda, las leyes de los demás...", operando a cabalidad el *iura novit curia*, pese a tratarse de un derecho extraño.

Bibliografía

De La Oliva Santos, Andrés (2005): *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil* (Navarra, Editorial Aranzadi S.A).

[7] Mensaje del Ejecutivo de 24/11/42, que introduce modificaciones al C.P.C.

[8] Sentis Melendo (1957), p. 95.

Actualidad Juridica 36.indd 447 01-09-17 11:59

Digesto lib. I, tit. III, ley 17.

López de Haro, Carlos (1982): *Diccionario de reglas, aforismos y principios de Derecho* (Madrid, Editorial Reus S.A).

Mans Piugarnau, Jaime (1957): *Los principios generales del Derecho* (Barcelona, J.M Bosch).

Manzini, Vicenzo (1949): *Tratto di diritto processuale penale* (Torino, Unione Tipografico-Editrice) Vol II.

Sentis Melendo, Santiago (1957): *El Juez y el Derecho (*Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América).

Troncoso Larronde, Ramiro (1958): *Interpretación de la ley y arbitrio judicial*. (Santiago, Memoria de Prueba Universidad de Chile).

Villar Palasi, José Luis (1975): *La interpretación y los apotegmas jurídicos-lógicos* (Madrid, Editorial Tecnos S.A).

Actualidad Juridica 36.indd 448 01-09-17 11:59

PROYECTOS DE LEY EN TRAMITACIÓN

Actualidad Jurídica 36.indd 449 01-09-17 11:59

LA INSTITUCIÓN DE LA CADUCIDAD EN EL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL *CÓDIGO DE AGUAS* EN CHILE

THE INSTITUTION OF EXPIRATION IN THE BILL THAT REFORMS THE WATER CODE IN CHILE

Ariel Pliscoff Castillo[*]

RESUMEN: El presente artículo analiza el proyecto de reforma al *Código de Aguas* de Chile, cuestión que lleva adelante el Ejecutivo, actualmente se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado para próxima votación. En él se contemplan importantes modificaciones a la actual legislación de aguas, dentro de las cuales se examina la figura de la caducidad de los derechos de aprovechamiento de aguas, tema central del proyecto de reforma, que, a su vez, examina a la luz del Derecho Público y Privado la institución de la caducidad. Asimismo, se hace un análisis crítico sobre las visiones que enfrentan a los interesados. Finalmente, se propone también desde el punto de vista del autor, una solución a la problemática detectada, la cual tiene su origen en la *Constitución Política de la República de Chile* del año 1980.

PALABRAS CLAVE: Caducidad – *Código de Aguas* – Derecho de aprovechamiento de aguas.

ABSTRACT: This article studies and comments on the Chilean Water Code Reform Project, a reform carried out by the executive, which is currently in second constitutional process in the Senate of the Republic of Chile for the next vote. It includes important modifications to the current water legislation in Chile, within which the figure of the expiration of the rights of water use is analyzed central theme of the reform project, in turn, is analyzed in the light

[*] Abogado, Licenciado en Derecho de la Universidad Gabriela Mistral de Chile, Magíster en Derecho Ambiental y Ecología de la Universidad del Desarrollo de Chile, Profesor titular de las cátedras de Derecho Regulatorio y Derecho Ambiental de la Universidad Autónoma de Chile y Universidad Central de Chile, respectivamente. Correo electrónico: apliscoff@ghpycia.cl

Actualidad Juridica 36.indd 451 01-09-17 11:59

of Public and private law the institution of expiration, also makes a critical analysis of the visions that face the interested parties. Finally, it is also proposed from the author's point of view, a solution to the problematic detection that starts from the base of the Political Constitution of the Republic of Chile of 1980.

Key words: Expiration – Chilean Water Code – Rights of wáter use.

* * *

Ya se encuentra en el Senado, para discusión, el segundo trámite constitucional del proyecto de reforma al *Código de Aguas*[1] que lleva adelante el Ejecutivo, el que previamente ingresó por una moción parlamentaria de diputados de distintas bancadas (Accorsi, De Urresti, Jaramillo, León, Meza, Molina, Pérez, Sepúlveda, Teillier, Valespín), el cual introduce sendas modificaciones al decreto con fuerza de ley Nº 1.122 de 1981, del Ministerio de Justicia, más conocido como el *Código de Aguas*. Dicha moción fue reforzada por una indicación sustitutiva de S.E la Presidenta de la República en 2014, por medio de un mensaje[2] que, en síntesis, tiene como eje central recoger las mejores experiencias internacionales en materia de regulación del uso y propiedad del agua, por una parte, y, por otra, adaptar y responder a las nuevas necesidades propias de nuestro país.

Se hace necesario implementar dos ideas orientadoras que refuerzan la administración, uso y disposición de los recursos hídricos. En primer lugar, para los nuevos derechos de aprovechamiento de aguas existe un cambio de concepción, pasando de ser perpetuos a tener una extensión temporal, adicionalmente proteger el consumo humano y el saneamiento como usos prioritarios del agua. En segundo lugar, se complementan normas que permitirían fortalecer las atribuciones de la Dirección General de Aguas, especialmente en la regulación temporal del ejercicio de uso de los derechos de aprovechamiento, se modifican normas relativas a remate de estos, cuya patente no ha sido pagada, como también se resguardarían los derechos de los actuales propietarios y finalmente se establece el beneficio de una exención al pago de la patente por no uso de las aguas a las asociaciones de agua potable rural.

La polémica no ha estado exenta de discusión en este proyecto, ya que el uso que se le da al agua es transversal a distintos sectores, sea el consumo humano-sanitario, la agricultura, las comunidades, la hidroelectricidad o el sector minero. A su vez, se contraponen distintos intereses, donde se debería priorizar el consumo humano, no ignorando la coexistencia de estos sectores bajo una institucionalidad que funcione de manera eficiente, con claras po-

[1] Proyecto de Ley que Reforma al Código de Aguas, *Boletín* 7543-12.
[2] Proyecto de Ley que Reforma al Código de Aguas, *Mensaje* 459-362.

Actualidad Juridica 36.indd 452 01-09-17 11:59

líticas, planes y programas en vías de mejorar el buen manejo y uso de este vital recurso.

Existen distintas doctrinas y filosofías. Se confrontan, por una parte, quienes promulgan que los recursos naturales están al servicio del hombre y, otros, que señalan lo opuesto, en vías de oponer resistencia a todo control sobre la naturaleza. Teniendo como base el principio de sustentabilidad y su graduación conceptual, sostienen unos que todo recurso natural debería concebirse como capital crítico; otros, solo como capital natural, es decir, que solo existe un rol ecosistémico fundamental para el desarrollo de la vida. Estás teorías han desencadenado, como bien analiza en su última obra el profesor Canut de Bon L.[3], dos visiones: el conservacionismo y el preservacionismo. El primero, un enfoque antropocéntrico en que el hombre esta al centro de la naturaleza y de su capacidad de dominio sobre esta. El segundo, postura que plantea lo inverso, otorgándole a la naturaleza el papel principal, debiendo ser preservada en su estado actual, doctrina que ha ganado adeptos y reconocimientos constitucionales en los llamados derechos de la tercera generación, que, dicho sea de paso, ya existen países que albergan tales proteccionismos, como es el caso de Ecuador[4], donde la naturaleza es sujeto de derechos y obligaciones, y en Bolivia[5], con la industrialización de los recursos naturales con pleno respeto y protección del ambiente, y sus pueblos indígenas.

Chile aún es lejano a legislaciones de corte proteccionista, no obstante que esta, como otras indicaciones legislativas, tienen dicha orientación. El ingreso del país como primer país sudamericano miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) demandó una nueva institucionalidad ambiental para el país, la cual se basa en un ministerio del ambiente que propone los planes, políticas y programas en materia ambiental; luego, un servicio de evaluación ambiental que evalúa los proyectos de inversión que entran a dicho sistema. Por otra parte, una superin-

[3] Canut de Bon (2007).

[4] *Constitución Política de la República de Ecuador*, capítulo séptimo, artículo 71: "La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, par que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema".

[5] *Constitución Política de Bolivia*, capítulo tercero, Políticas Económicas. Artículo 319-I: "La industrialización de los recursos naturales será prioridad en las políticas económicas, en el marco del respeto y protección del medio ambiente y de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y sus territorios. La articulación de la explotación de los recursos naturales con el aparato productivo interno será prioritaria en las políticas económicas del Estado".

Actualidad Juridica 36.indd 453 01-09-17 11:59

tendencia del ambiente que fiscaliza los proyectos y vela por el cumplimiento de otro tipo de normas de carácter ambiental y, finalmente, los tribunales ambientales que resuelve las controversias en la materia.

En materia de aguas, ya existe, desde el año 2011, un documento del Banco Mundial[6] que diagnostica la gestión de los recursos hídricos en nuestro país, donde se identifican ocho desafíos vinculados a aspectos legales e instrumentos de gestión, que se reducen en: proteger los derechos de agua de los grupos vulnerables, mejorar la protección de los requerimientos hídricos para los ecosistemas y servicios asociados, mejorar los mercados de aguas, mantener la seguridad hídrica de los derechos de aguas, seguir avanzando en el uso efectivo de los derechos de aguas, hacer la gestión del agua subterránea más sostenible, profundización en las medidas ya tomadas para asegurar la calidad del agua y mejora del registro público de los derechos de aprovechamiento de aguas. Lo que no incorpora el referido informe es el eje central que propone el proyecto de reforma impulsado por el Ejecutivo, el cual incluye causales de caducidad bajo ciertos escenarios que mermarían el estado actual del que gozan los derechos de aprovechamiento de aguas en nuestro país. El cambio es radical y se traduce en que pasan de tener el carácter perpetuos a ser meramente derechos a temporales.

En la práctica, este debate se explica en que los dueños de los derechos de aprovechamiento no quieren cambios en su titularidad y propiedad, visión del todo legítima al haber constituido o adquiridos estos derechos válidamente bajo la legislación común aplicable. Por otra parte, el Ejecutivo, con una propuesta transformadora bajo una nueva concepción, pretende terminar con la propiedad de los derechos de aprovechamiento a perpetuidad, transformándolos en meras concesiones, las que son esencialmente revocables bajo ciertos parámetros de no uso del recurso, inscripción, construcción de obras, etc. A tal ha llegado la oposición a este proyecto que la máxima autoridad del gremio de agricultores, reunidos por la Sociedad Nacional de Agricultores, Patricio Crespo, ha señalado en innumerables oportunidades su rechazo a esta iniciativa:

> "Es un maquillaje. Le cambiaron el color al maquillaje, pero es lo mismo. Los parlamentarios quieren transformar el derecho de aprovechamiento de agua, que es un derecho de propiedad sobre el agua que se extrae en una concesión. La concesión es un permiso que te dan limitado en el tiempo y que te pueden caducar por no uso o por no inscripción. En cambio, la propiedad se pierde una sola manera: expropiando y pagando indemnización. El derecho que tenemos los agricultores está amparado en el número 24 artículo 19 de la Constitución, que señala que es propiedad del titular los derechos de agua reconocidos u otorgados conforme a la ley"[7].

[6] Banco Mundial (2011): *Chile, Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos*.

[7] Diario *El Pulso*, entrevista a Patricio Crespo e indicaciones al proyecto de *Código de Aguas*. "Le cambiaron el color al maquillaje, pero es lo mismo". Santiago, 10 de abril de 2017.

Actualidad Juridica 36.indd 454 01-09-17 11:59

Argumentos que no dejan de ser ciertos en la óptica del agricultor, quien muchas veces ha hipotecado su finca y el agua para tener acceso al crédito.

Dicho lo anterior, esta disputa es digna de analizar bajo lógicas, tiempos y realidades diversas que me veo obligado a comentar. Primeramente, la *Constitución Política de la República de Chile* de 1980, sobre la base de una legislación robusta, le otorga a los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas, un derecho real, el cual se inscribe en un registro especial (de aguas) de los conservadores de bienes raíces respectivos. Este *Código*, en aquellos tiempos, pretendía recuperar confianzas, atraer inversiones e impulsar el mundo agrícola, tiempos donde reinaba el desconcierto, luego de procesos de reforma agraria, inestabilidad, intervenciones y expropiaciones con el fin de sociabilizar la propiedad que, por el contrario, la Comisión de Estudios para La Nueva Constitución, con visión proteccionista y garantista, resguardó.

Secundariamente, una visión economista en la cual, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (en adelante CENC), primo la industrialización y explotación de recursos naturales. No obstante, el paradigma de hoy afronta otras realidades que desconciertan y limitan la industrialización a todo evento, fenómeno que, de manera gradual, amenaza y mandata a hacerse cargo de este inconveniente por el cual el Estado no tiene herramientas para restringir y asignar los derechos de aprovechamiento de aguas. Asimismo, nuevos fenómenos naturales amenazan un mayor control estatal, como es el calentamiento global, el cual, producto de gases de efecto invernadero, acarrea consecuencias mediatas e inmediatas que generan consecuencias irreversibles para futuras generaciones, visión que el *Código de Aguas* del año 1981 no se replanteó.

En consecuencia, el tema neurálgico en este proyecto de reforma es la modificación a este régimen de propiedad-perpetuo que se tiene sobre el derecho de aprovechamiento de aguas que el proyecto de reforma pretende limitar, disponiendo que el uso y goce de ellas tendrá una duración máxima (treinta años), pasando a ser una mera concesión administrativa y, al mismo tiempo, se introducen causales de caducidad no existentes en la actual legislación, lo que precariza aun más estos derechos.

En efecto, sabemos que el derecho de aprovechamiento de acuerdo con el artículo 6º inciso 1º del *Código de Aguas* lo define como "(...) un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas con los requisitos y en conformidad a las normas de este Código". Se trata, entonces, de un derecho real de contenido propio, el cual una vez otorgado por la autoridad con potestades para ello se incorpora al patrimonio del titular. Al respecto, el inciso 2º del citado artículo 6º, agrega: "El derecho sobre las aguas es de dominio de su titular, quién podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley".

Tales consideraciones nos llevan a concluir que el derecho de aprovechamiento, es un derecho real, según lo estatuye el propio *Código* en el artí-

Actualidad Juridica 36.indd 455 01-09-17 11:59

culo 6 inciso 1°; ergo, tiene idéntica naturaleza que aquellos que establece el artículo 577 del *Código Civil*. Lo anterior implica que, una vez otorgado el derecho, el titular no puede ser privado de él administrativamente, esto es, no puede ser dejado sin efecto por la propia decisión de la administración. A su vez, como derecho real, se encuentra sujeto al Derecho Común. Por ello, el artículo 129 del *Código de Aguas* dispone:

> "el dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue por la renuncia señalada en el inciso tercero del artículo 6° y, además, por las causas y formas establecidas en el derecho común".

Por Derecho Común debe entenderse el Derecho Civil; en consecuencia, en principio, el titular solo podrá ser privado de su derecho por vía expropiatoria, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva. También el derecho de aprovechamiento es *un* derecho principal, pues se encuentra jurídicamente desligado del bien (predio, industria, mina, empresa de agua potable etc.,) al que están destinadas las aguas o que se van a beneficiar con ellas y, por consiguiente, si se enajena un predio sin hacer referencia a tales derechos, se entiende que la venta no los comprende, acorde con la regla del artículo 317 del *Código de Aguas*. Además, se expresa en volumen por unidad de tiempo, de acuerdo con el artículo 7° del *Código de Aguas*, lo que, en la práctica, suele utilizarse los litros por segundo, metros cúbicos por segundo, etc. Por otra parte, la posesión de los derechos de aprovechamiento de aguas se adquiere por la competente inscripción. Una vez inscrito el derecho de aprovechamiento en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo, se encuentra sujeto al régimen de posesión inscrita que contempla el *Código Civil*; ergo, la inscripción conservatoria es requisito, prueba y garantía de la posesión de dicho derecho real (artículos 20 inciso 1ª, 117 y 121 del *Código de Aguas* y artículo 728 y siguientes del *Código Civil)*. Finalmente, este derecho confiere a su titular las facultades de uso, goce y disposición, lo que significa que puede transferirse por acto entre vivos y transmitirse por causa de muerte. Así, su titular puede venderlo, arrendarlo, gravarlo con hipoteca, donarlo etc.; tal dominio se encuentra tutelado por la garantía constitucional del derecho de propiedad, conforme al artículo 19 N° 24 inciso final de la *Constitución Política de la República* el cual reconoce "el derecho de los particulares sobre las aguas, reconocidas o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos".

De acuerdo con lo anterior, clara es la naturaleza jurídica que se les dio a las aguas, tratadas por la *Constitución Política de la República* 1980 y en el *Código de Aguas* de 1981. Se le otorga a las aguas un régimen especial, único en el mundo, dándole características de derecho real, lo que implica ejercer este derecho sin respecto a determinada persona, facultando a su titular para usar, gozar y disponer de ese derecho en conformidad a la ley, amparado constitucionalmente. De esta forma el derecho de aprovechamiento de aguas es

Actualidad Juridica 36.indd 456 01-09-17 11:59

una concesión otorgada por el Estado, pero en propiedad, donde está el principal problema, ya que más bien crea un error conceptual debido a que el titular de este derecho más que un concesionario es un propietario, titular de un derecho de dominio, propiedad tutelada constitucionalmente que solo puede ser privada, como sostendremos en este artículo, por una causa de utilidad pública producto de una expropiación y, por ende, su consecuencial pago.

Ahora bien, este razonamiento que no debiera estar en discusión, lo está, debido a que el proyecto de reforma procura introducir causales de caducidad que afectarían la propiedad de estos derechos de aprovechamiento válidamente otorgados, bajo una legislación, que no contempla este modo de extinguir las obligaciones que a continuación trataremos.

La caducidad en el Derecho Privado como modo de extinguir las obligaciones

Cuando estudiamos los efectos del transcurso del tiempo en las relaciones jurídicas de naturaleza privada, vemos la caducidad. Rene Abeliuk decía que estamos en presencia de ella:

> "cada vez que la ley establezca un plazo para ejercitar un derecho o ejecutar un acto, sin que sea posible ejercer tal derecho o ejecutar el acto una vez vencido dicho plazo"[8].

Por su parte, Alessandri y Somarriva sostenían:

> "cuando la ley o la voluntad del hombre prefija un plazo para el ejercicio (realización de un hecho cualquiera, o ejercicio de una acción judicial), de tal modo que, transcurriendo el término, no puede ya el interesado verificar el acto o ejercitar la acción"[9].

La caducidad en Derecho Público

El profesor Bermúdez, señala:

> "la caducidad se presenta como una forma anormal de extinción del acto administrativo que opera en aquellos casos en que el acto contiene una modalidad, ya sea un plazo, condición resolutoria u otra, que de cumplirse conlleva la desaparición del acto administrativo"[10].

[8] Abeliuk (1990), p. 655.
[9] Alessandri y Somarriva (1962), p. 106.
[10] Bermúdez (2011), p. 568. En el mismo sentido, véase Soto Kloss (1984), p. 508.

Actualidad Juridica 36.indd 457 01-09-17 11:59

Asimismo, la doctrina ha desarrollado diversas causales de caducidad en el Derecho Público, pudiendo distinguirse, a modo de ejemplo: caducidad de acciones, pretensiones, preclusión de trámites administrativos procedimentales del proceso administrativo.

Caducidad de acción o pretensión

Cuando ha transcurrido un plazo para interponer recursos administrativos o contencioso-administrativos, sin que se haya efectuado tal actuación[11]. Adicionalmente habría *caducidad de derechos* en los casos en que un derecho nazca a la vida jurídica sujeto a un plazo determinado, o en que previamente se contemple como sanción ante el incumplimiento de obligaciones o condiciones impuestas por la ley al titular de un acto[12]. Por último, se concebiría *caducidad de potestades* en los casos que la ley establezca un plazo determinado dentro del cual un órgano administrativo ejerza una potestad, de manera tal que transcurrido dicho plazo no sería posible que aquella sea ejercida[13].

Caducidad de trámites procedimentales

Se da en los supuestos en que la ley establece un plazo breve para que una parte efectúe ciertos actos, sin que estos puedan realizarse una vez cumplido el plazo contemplado.

Caducidad del procedimiento

Cuando el proceso administrativo termina de una manera anormal, por causa imputable a la parte interesada, sin que este haya reanudado el plazo, o la administración no haya dictado una resolución expresa notificando la respectiva resolución dentro del plazo máximo contemplado para tal efecto[14].

Un ejemplo clásico hoy de caducidad general[15] sería la de la Resolución de Calificación Ambiental, contemplada en el artículo 25 ter de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente ley N° 19.300, modificado por la ley N° 20.417[16].

---

[11] Recursos Administrativos, García de Enterría y Fernández (2011), p. 551.

[12] Tardío Pato (2005), p. 358.

[13] *Ibid*.

[14] Santamaría (2009), pp. 99-100.

[15] Herrera y Ruiz-Tagle (2014), pp. 169-190.

[16] La resolución que califique favorablemente un proyecto o actividad caducará cuando hubieren transcurrido más de cinco años sin que se haya iniciado la ejecución del proyecto o

Actualidad Juridica 36.indd 458 01-09-17 11:59

En materia de aguas, encasillaríamos lo expuesto en la caducidad de derechos; recordemos que en la anterior codificación en materias de aguas, existían causales de caducidad.

En efecto, el *Código de Aguas* del año 1969 contemplaba la caducidad sobre mercedes de agua al cambiar el titular su objeto por él fue otorgado el derecho, y la caducidad contemplada en los decretos de razonamientos.

El *Código de Aguas* del año 1969 en su artículo 30[17] daba la facultad a la Dirección General de Aguas para caducar derechos si no se utilizaban tales derechos durante dos años consecutivos o si cesaba su utilización para la cual se concedieron; del mismo modo, si se les daba a las aguas una utilización diversa, al infringirse lo dispuesto en el artículo 12 del *Código*, el cual prohibía la cesión de los derechos de aprovechamiento de aguas, salvo las excepciones contempladas en dicho artículo, las que consistían brevemente en extraer aguas de un cauce natural solo para el riego, con el fin de embalsarlas o si no se efectuaban las obras hidráulicas dentro de plazo necesarias para aprovechar el recurso, adicionalmente si se infringían las normas de los artículos 257 y 259 sobre el otorgamiento de la merced provisional y obras para su aprovechamiento.

actividad autorizada, contado desde su notificación. El reglamento deberá precisar las gestiones, actos o faenas mínimas que, según el tipo de proyecto o actividad, permitirían constatar el inicio de la ejecución del mismo.

[17] La Dirección General de Aguas podrá decretar caducados en todo o en parte los derechos de aprovechamiento, cualquiera que haya sido su origen, en los siguientes casos: a) Si no se utilizaren las aguas durante dos años consecutivos o si cesare la utilización para la cual se concedió el derecho de aprovechamiento; b) Si se da a las aguas una utilización diversa de la señalada en la concesión infringiendo lo dispuesto en el artículo 39 de este *Código*; c) Si se cede el derecho de aprovechamiento lo dispuesto en el artículo 12 de este *Código*; d) Si se extrajeren aguas de un cauce natural infringiendo lo dispuesto en el artículo 54 de este *Código* y e) Si el titular del derecho de aprovechamiento no efectuare en las obras hidráulicas, dentro del plazo que la Dirección General de Aguas le señale, las modificaciones o reparaciones necesarias para la seguridad de ellas mismas, de las poblaciones o caminos y otras de interés general. En este caso, la Dirección General de Aguas deberá, previamente a la declaración de caducidad del derecho, requerir al interesado para que realice las obras dentro del plazo que ella señale, bajo apercibimiento de pagar una multa equivalente al monto de hasta cinco sueldos vitales mensuales para empleado particular de la industria y del comercio del Departamento de Santiago. En los casos de las letras a) y c) la Dirección General deberá declarar caducados los derechos de aprovechamiento. Si el concesionario no diere cumplimiento a las condiciones establecidas en los artículos 257 o 259 o en el inciso segundo del artículo 263, la Dirección General de Aguas podrá declarar también caducada la concesión provisional quedando sin valor las tramitaciones efectuadas. Si el afectado estimare ilegal la declaración de caducidad, podrá reclamar por dicha causa, dentro del plazo de quince días, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la cual resolverá en única instancia procediendo breve y sumariamente. La Corte fallará con los antecedentes que se le presentaren debiendo en todo caso pedir informe a la Dirección General de Aguas. En contra de la sentencia no procederá el recurso de casación. En estos reclamos procederá siempre la habilitación de feriado de vacaciones. Si la Corte tiene varias salas, conocerá una de ellas designada por sorteo. Habrá acción popular para denunciar, ante la Dirección General de Aguas, las infracciones a que se refiere el presente artículo.

Actualidad Juridica 36.indd 459 01-09-17 11:59

En el caso de los decretos de razonamiento, el artículo 35[18] del C*ódigo de Aguas* del año 1969 daba la facultad al Presidente de la República, por medio de decreto supremo, para fijar áreas de racionalización del uso del agua, quedando, en tal caso, extinguidos todos los derechos de aprovechamiento existentes en dicha área, caso que ocurrió en la década de 1980 sobre algunos derechos de aprovechamiento constituidos sobre aguas superficiales y corrientes del río Mapocho.

Por otra parte, el C*ódigo* reguló los casos de derechos de aprovechamiento provisionales, los cuales también existía la sanción de caducidad.

Disponía el artículo 6 transitorio del C*ódigo de Aguas* de 1981:

> "Los derechos de aprovechamiento otorgados provisionalmente de acuerdo a las normas del código que se deroga, ('el Código de Aguas de 1969') continuarán tramitándose hasta obtener la concesión definitiva conforme a dichas normas".

Lo que básicamente significaba que esta norma transitoria dejaba en subsistencia un régimen o sistema con el fin de regular actuaciones anteriores a la entrada en vigencia del C*ódigo de Aguas* de 1981. El fin de esta disposición era dar la posibilidad de que dichas actuaciones, comenzadas en la anterior codificación, pudieran consolidarse manteniendo así su subsistencia. Cabe hacer presente que el C*ódigo de Aguas* de 1981 no contempla la institución de la caducidad, ni tampoco las mercedes provisorias, por lo cual estas se mantienen afectas en todos sus aspectos a la legislación anterior. La caducidad contemplada en el C*ódigo de Aguas* de 1969 fue la consecuencia prevista expresamente en el propio acto de la concesión previsional para el evento de incumplimiento de las obligaciones de presentar proyectos o ejecutar obras en los plazos y condiciones allí indicadas. En aquella época, la declaración de caducidad no importaba una vulneración expresa del ar-

[18] El Presidente de la República podrá establecer por decreto supremo áreas de racionalización del uso del agua. Desde la publicación en el *Diario Oficial* del decreto que establezca un área de racionalización del uso del agua, quedarán extinguidos todos los derechos de aprovechamiento existentes en dicha área, sin perjuicio de los cuales los usuarios continuarán utilizando las aguas del mismo modo que anteriormente hasta que la Dirección General de Aguas conceda nuevos derechos de aprovechamiento. Los nuevos derechos de aprovechamiento se otorgarán por la Dirección General de Aguas sin sujeción a los trámites establecidos en el Título I del Libro II. El Presidente de la República podrá crear, modificar o suprimir los seccionamientos de las corrientes naturales comprendidas en un área de racionalización del uso del agua. La Dirección General de Aguas podrá, una vez otorgados los derechos a que se refiere el inciso tercero, exigir en los plazos y condiciones que ella determine, la constitución de juntas de vigilancia o asociaciones de canalistas o la organización de comunidades de agua en los cauces comprendidos en las áreas de racionalización, bajo apercibimiento de que las constituya la propia Dirección General por cuenta y cargo de los titulares de los respectivos derechos de aprovechamiento. Serán aplicables, en lo demás las disposiciones del presente *Código*.

Actualidad Juridica 36.indd 460 01-09-17 11:59

tículo 19 número 24 inciso final de la *Constitución Política de la República*, por la sencilla razón de que estas causales estaban predeterminadas por el legislador, consecuencia tal, que para la Dirección General de Aguas pasaba a ser una facultad declararla. En tal sentido, cabe destacar el dictamen Nº 10.006[19] del año 1991, por el cual la Contraloría General de la República se pronunció sobre una resolución de la Dirección General de Aguas que aprobaba obras de aprovechamiento y concedía, definitivamente, un derecho de aprovechamiento de aguas de un estero a un concesionario, resolviendo que el concesionario tenía una merced otorgada en carácter provisional, no cumpliendo este, dentro de plazo, con las condiciones que se le impusieron al otorgársele el derecho en relación con las obras de aprovechamiento, obligación definida por la ley Nº 9.009, artículo 270[20], vigente a la época, impidiéndose la aplicación del *Código de Aguas* de 1981, ni regular situaciones anteriores, más bien el principio de irretroactividad de la ley ratificado en todas sus partes, habiendo operado la caducidad no pudiendo revivirse con arreglo a la nueva legislación un derecho que quedo definitivamente extinguido por mandato de un ordenamiento que le era plenamente aplicable.

La caducidad en el proyecto de reforma al *Código de Aguas* actual, contempla causales de caducidad a los derechos de aprovechamiento de aguas, las cuales operarían por el solo ministerio de la ley, es decir, sin necesidad de una declaración judicial para el caso de no verificarse el uso efectivo del recurso dentro de ciertos plazos prefijados, dependiendo de qué tipo de derecho se trata. Para el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, que son aquellos que facultan a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad, la caducidad operaría durante un plazo de cuatro años contados desde su otorgamiento y en los no consuntivos, que son aquellos que permiten emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho; la caducidad se haría efectiva en un plazo de ocho años, contados desde su otorgamiento.

El proyecto establece que el uso efectivo de las aguas permitiría impedir esta sanción de caducidad, acreditando el titular dicho uso mediante la construcción de obras suficientes y aptas para ello, las cuales sean capaces de permitir la captación o alumbramiento de las aguas, su conducción hasta el lugar de uso y la restitución del recurso (caso de los derechos no consuntivos). No obstante, el inconveniente radica principalmente en que en el proyecto de reforma no especifica la autoridad y el procedimiento ante el cual se verificaría la construcción de estas obras, lo que atisba una facultad evidente-

[19] Dictamen de la Contraloría General de la República, N° 10.006, 22 de abril de 1991.

[20] *Código de Aguas* de 1969, artículo 270, "La solicitud deberá ser acompañada de un estudio de las obras de sondaje, el cual contendrá un croquis de situación, una memoria explicativa, un presupuesto aproximado y los demás datos que el interesado crea conveniente agregar".

Actualidad Juridica 36.indd 461 01-09-17 11:59

mente discrecional de la Dirección General de Aguas. Por otra parte, en lo relativo al pago de patentes por no uso de los derechos de aprovechamiento, el proyecto de reforma también contempla la sanción de caducidad, distinguiéndose el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos y de ejercicio permanente, cuando transcurran catorce años sin que el titular del derecho construya obras de captación y extracción para su aprovechamiento y para los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos y de ejercicio permanente, caso en que las obras de captación no se construyan en un plazo de doce años contados desde su constitución. La contabilización de los plazos por la no utilización de las aguas empezaría a regir desde el 1 de enero del año siguiente al de la entrada en vigencia de la ley. En el caso de derechos constituidos o reconocidos con posterioridad a la fecha indicada, los plazos se computarán desde su constitución o reconocimiento.

Por último, el proyecto agrega la caducidad del derecho de aprovechamiento para el caso que la escritura pública en que se haga constar su acto de constitución no haya sido inscrita en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo dentro del breve plazo de sesenta días contados desde el otorgamiento del derecho. En este caso, cabe preguntarse, qué pasaría con los derechos reconocidos y usos consuetudinarios (inmemoriales y ancestrales) los cuales tienen la imposibilidad física y material de inscripción, lo que quedarían desamparados al contemplar un plazo muy acotado para lograr tal finalidad de inscripción, más bien quedarán afectos a la sanción de caducidad por falta de inscripción.

Dable es considerar que la falta de inscripción hoy no ha impedido que estos usos se les reconozcan *ipso iure*, como plenos derechos, solo por el hecho de usarse el agua, reciente jurisprudencia ha protegido estos usos ancestrales, dentro de los fallos más destacados el caso Chusmiza-Usmagama[21, 22]

[21] Corte Suprema (2008): Rol 2840-2008. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala, integrada por los ministros: Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Luis Bates H.

[22] Corte Suprema (2008): Rol 2840-2008, considerando 6°: "Se regulariza un uso inmemorial del recurso hídrico reconocido por el legislador en el artículo 64 de la Ley Nº 19.253 como un derecho de ciertas comunidades indígenas y que se ha reflejado, en la especie, en actos positivos de señor y dueño que, sin duda, descartan reconocer dominio ajeno, como lo son la construcción del socavón del cual emanan las aguas, de los estanques de acopio del canal conductor, de las terrazas de cultivo, además del mismo asentamiento humano reflejado en las modestas casas que conforman los poblados de Chusmiza y Usmagama, aspectos fácticos sobradamente demostrados en la causa y consignados expresamente en el motivo décimo del edicto en revisión". Acorde con lo razonado, parece necesario resaltar lo sostenido por este máximo tribunal en la causa rol 986-2003, cuando expresa: "no se puede sino concluirse que el procedimiento del tantas veces citado artículo 2º transitorio del Código sobre la materia, permite regularizar y no constituir derechos, pues los que se normalizan existen previamente y su propiedad no está en discusión, pues emanan de la ley. Se trata de una norma procesal no sustantiva, que sólo tiene por objeto regular la forma de inscripción de un derecho que,

Actualidad Juridica 36.indd 462 01-09-17 11:59

no obstante, la nueva y discordante línea jurisprudencial de la Tercera Sala de la Corte Suprema en miras a desconocer la regularización de estos usos.

A modo de conclusión, al revisar la C*onstitución Política de la República* de 1980, el artículo 19 número 24 inciso final[23], llama la atención del proyecto de reforma el error en la conceptualización del término que se emplea para la extinción del derecho de aprovechamiento de aguas, ya que la caducidad como hemos analizado es propio de las concesiones administrativas que son fundamentalmente precarias, debido que toda concesión impone obligaciones y su incumplimiento es sancionado con este modo de extinguir.

Esta situación no sería aplicable a los derecho de aprovechamiento de aguas constituido bajo la actual legislación, debido a que el titular de este derecho no es un concesionario, sino, más bien, como majaderamente se ha señalado, es un propietario, tiene dominio sobre su derecho, propiedad tutelada por la norma fundamental, lo que implica que sólo se puede privar a su titular por vía de la expropiación por causa de utilidad pública y consecuente pago.

Este problema de fondo ha llevado al proyecto a forzar una posición doctrinal que no tiene sustento constitucional, por la sencilla razón que sería una política pública inviable de expropiar a los dueños de los derechos de aprovechamiento de aguas a lo largo del país, fuerza concluir entonces que el titular del derecho de aprovechamiento que adquirió bajo el imperio de una ley (C*ódigo de Aguas* de 1981), en la cual no existía causal de caducidad, sino un derecho de propiedad fuertemente amparado por la Constitución, requeriría de un proyecto de reforma constitucional con los *quorum* necesarios para modificarlo.

Tampoco podría ser privado el titular del derecho de aprovechamiento de la propiedad que tiene sobre él sujeto a un acto posterior cuya sanción sería la caducidad. Solo cabría que este modo de extinguir los derechos operará para el futuro, esto es, para el caso del otorgamiento de nuevos derechos, sujetos a caducidad, lo que tendría más asidero constitucional, facultando al Estado poder intervenir la asignación y uso de los recursos hídricos, no obstante la conocida realidad de otorgamiento y sobre-otorgamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas de norte a sur del país.

Como analizamos en el caso del C*ódigo de Aguas* del año 1969, existía la causal de caducidad previamente establecida, la cual operaba sobre el caudal efectivamente usado, no cabiendo duda alguna cuáles eran las reglas a las que se sometía el administrado, limitándose forzosamente cualquier discreciona-

como ocurre en la especie, no está inscrito, pero sí reconocido legalmente. La regularización importa normativa y si el caudal que se pretende, es el efectivamente utilizado en la forma y términos previstos por el legislador".

[23] Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.

Actualidad Juridica 36.indd 463 01-09-17 11:59

lidad del órgano administrativo, lo que no se traduce hoy en el actual proyecto de reforma, el cual, sin duda requiere ajustes constitucionales necesarios, tarea que concluirá próximamente el Senado de la República.

Bibliografía

Abeliuk Mansasevich, René. (1990): *Las Obligaciones* (Madrid, Montecorvo S.A.) Tomo ii.

Alessandri, Arturo y Somarriva, Manuel (1962): *Curso de Derecho Civil, Parte General y Las Personas* (Santiago, Editorial Nacimiento) Tomo i, Volumen ii.

Banco Mundial (2011): *Chile, Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos*, 31 de marzo de 2011. Disponible en http://documents.worldbank.org/curated/en/452181468216298391/Chile-Diagn-243-stico-de-la-gesti-243-n-de-los-recursos-h-237-dricos.

Bermúdez Soto, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Legal Publishing).

Canut de Bon, Alejandro (2007): *Desarrollo sustentable y temas afines* (Santiago, Consejo Minero).

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2011): *Curso de Derecho Administrativo* (Duodécima Edición, Pamplona, Civitas) Tomo ii.

Herrera Valdeverde, Javier y Ruiz-Tagle Gutiérrez, Samuel (2014): "La Caducidad de la Resolución de Calificación Ambiental" en *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 27 N° 1: pp. 169-190.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso (2009): *Principios de Derecho Administrativo General* (Madrid, Iustel) Tomo ii.

Soto Kloss, Eduardo (1984): "Prescripción extintiva de derechos de los administrados y cumplimiento de las obligaciones legales impuestas a la Administración", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11 N° 2-3: pp. 505-517.

Tardío Pato, José Antonio (2005): "Caducidad del procedimiento administrativo", en Santiago Muñoz Machado (director) *Diccionario de Derecho Administrativo* (Madrid, Iustel) Tomo i pp. 358-366.

Jurisprudencia

Contraloría General de la República (1991): Dictamen N° 10.006, 22 de abril de 1991.

Corte Suprema (2004): Rol 986-2003, 22 de marzo de 2004.

Corte Suprema (2008): Rol 2840-2008, 13 de agosto de 2008.

Actualidad Juridica 36.indd 464 01-09-17 11:59

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actualidad Jurídica 36.indd 465 01-09-17 11:59

LA CORTE SUPREMA ARGENTINA Y LA (PÉRDIDA DE) AUTORIDAD EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO MENEM

Sergio Verdugo[*]

1. Introducción

En un fallo de febrero de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) estableció, en voto dividido, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) carece de jurisdicción para ordenar la aplicación de una medida que deja sin efecto una sentencia de la CSJN[1]. Como consecuencia, la CSJN no dio cumplimiento a una de las medidas ordenadas por una sentencia previa de la CorteIDH[2], desafiando directamente la manera en que la CorteIDH comprende sus propios poderes.

La sentencia de la CSJN ha desatado una fuerte polémica, donde destaca la crítica de uno de los jueces de la propia CorteIDH[3]. Este caso (denominado caso Menem) se suma una lista cada vez más extensa de experiencias que han debilitado la autoridad de la CorteIDH en la región. Entre ellas, puede mencionarse la decisión del Supremo Tribunal Federal en Brasil de seguir aplicando la ley de amnistía pese a una sentencia contraria de la CorteIDH[4],

---

[*] Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Doctorando en Derecho, Universidad de Nueva York (NYU). Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sergio.verdugo@law.nyu.edu

Agradezco los comentarios de José A. Riquelme González.

[1] Corte Suprema de Justicia de la Nación (2017): Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[2] CorteIDH (2011): Fontevecchia and D'Amico v. Argentina, Serie C, Nº 238.

[3] Zaffaroni (2017).

[4] En el año 2014, el Supremo Tribunal Federal de Brasil ordenó suspender dos investigaciones sobre desapariciones, reaccionando frente a una sentencia de la CorteIDH por la cual la ley de amnistía debía carecer de efectos jurídicos. No obstante, Brasil sigue impidiendo que algunas violaciones graves a los derechos humanos sean judicialmente investigadas y castigadas. Neder Meyer (2017), p. 68. Véase también la sentencia de la CorteIDH (2010): Gomes Lund y Otros (Guerrilla do Araguaia) v. Brasil, Serie C, Nº 219.

Actualidad Juridica 36.indd 467 01-09-17 11:59

y la decisión del Tribunal Constitucional de República Dominicana que declaró inconstitucional la adhesión del Estado al sistema interamericano de derechos humanos[5].

A diferencia de otros tribunales de la región, la CSJN Argentina ha sido normalmente favorable a la jurisprudencia de la CorteIDH[6], al menos desde la reforma constitucional que otorgó jerarquía constitucional a la Convención Americana en 1994. El fallo del caso Menem marca un giro en la tendencia jurisprudencial de la CSJN, lo que probablemente sea una consecuencia de los cambios de composición internos de la CSJN[7]. Hasta el momento, los críticos de este giro han dirigido sus dardos a los argumentos invocados por la CSJN[8]. En este trabajo no me haré cargo de este tipo de argumentos y, en cambio, argumentaré que el problema de pérdida de autoridad de la CorteIDH, en el caso Menem, tuvo su origen principal en la medida ordenada por la propia sentencia de la CorteIDH de 2011. Al ordenar dejar sin efecto una sentencia dictada por el máximo tribunal de Argentina, la CorteIDH puso en tela de juicio el alcance del poder jurisdiccional de la CSJN. Así, la CorteIDH invitó innecesariamente a la CSJN a una lucha de poderes donde la posibilidad de una reacción adversa era plausible.

La sentencia de la CSJN es un ejemplo ilustrativo del déficit de efectividad que experimenta la CorteIDH, la que tiene como causa parcial la propia metodología y estrategia elegida por la CorteIDH. La literatura ofrece distintas propuestas para que la CorteIDH sea más eficaz en la dictación de medidas de reparación[9], pero la CorteIDH, al menos en su decisión de 2011, eligió un camino distinto. En vez de invitar a la CSJN a ser aliada en su agenda sobre derechos humanos[10], la CorteIDH decidió convertir un caso sobre libertad de expresión en un caso de conflicto de poderes. Como ambas cortes entienden que son las intérpretes supremas de la Convención Americana y de la Constitución, respectivamente, era altamente probable que la CSJN reaccionara de manera defensiva. Aunque la idea de que ambas cortes

[5] Véase la sentencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, de 4 de noviembre de 2014, TC/0256/14). Véase también el comunicado de prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos explícitamente desconoce los efectos de la sentencia citada del Tribunal Constitucional de República Dominicana. Véanse algunos otros ejemplos en el trabajo de Huneeus (2010), pp. 112-138.

[6] Bazán (2010), pp. 359-388.

[7] De Antoni (2017).

[8] Véase, por ejemplo: Medici (2017), pp. 213-219; De Antoni (2017); Nash (2017); Zaffaroni (2017).

[9] Véase un ejemplo reciente en Tsereteli (2016), pp. 1097-1112.

[10] Esta es una de las soluciones que la literatura ha sugerido para resolver el problema de falta de efectividad de las sentencias de la CorteIDH. Véase el artículo de Alexandra Huneeus, quien desarrolla la idea de *compliant partners*: Huneeus (2011), pp. 493-533.

Actualidad Juridica 36.indd 468 01-09-17 11:59

tengan autoridad final para interpretar sus respectivos instrumentos de derechos fundamentales sea controvertible[11], es común que los operadores jurídicos acepten (y promuevan) el estatus de intérpretes supremos de dichas cortes. La tendencia de las cortes de comprender sus atribuciones de forma suprema es ampliamente reconocida.

En este trabajo, no me referiré a la manera de entender la libertad de expresión ni criticaré la interpretación sustantiva ofrecida por la CorteIDH. Mi crítica se dirige exclusivamente a la estrategia elegida por esta para ordenar medidas de reparación. Tampoco me detendré en los aspectos doctrinarios del fallo de la CSJN, ni revisaré el voto de minoría, ya que mi propósito es situar la sentencia (el voto de mayoría) dentro del debate sobre la autoridad de la CorteIDH.

En primer lugar (sección 2), resumiré brevemente el caso y los contenidos de la sentencia de la CSJN. Luego (3), argumentaré que, con su sentencia de 2011, la CorteIDH buscaba transformarse en una "cuarta instancia" material (no formal). A continuación (4), explicaré de qué manera el caso Menem es ilustrativo del problema de efectividad de la CorteIDH. Sugeriré que parte de dicho problema se debe a la ausencia de una estrategia de la CorteIDH por reafirmar su autoridad y legitimidad dentro de las jurisdicciones domésticas donde espera que sus sentencias sean obedecidas.

2. El desafío de la CSJN a la autoridad de la CorteIDH

En el año 2001, la CSJN dictó una sentencia en contra de dos periodistas que habían publicado una nota sobre un hijo no reconocido del entonces presidente Carlos Menem. El año 2011, la CorteIDH condenó a Argentina por haber violado la libertad de expresión en dicho caso, y ordenó el cumplimiento de varias medidas de reparación[12]. Entre dichas medidas, se encontraba la orden de "dejar sin efecto la condena civil [contra los periodistas] y sus efectos". Luego de que dicha solicitud fue presentada a la CSJN mediante un oficio, la CSJN dictó una nueva sentencia en febrero de 2017[13].

[11] Véase, por ejemplo, la crítica al fallo de la CSJN por parte de Gargarella (2017). En el contexto chileno, he argumentado en contra de la idea de establecer un órgano judicial con autoridad final en Verdugo (2013), pp. 181-223. También, véase sobre este tema en Silva (2012), pp. 573-616.

[12] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011): Fontevecchia and D'Amico v. Argentina, Serie C, Nº 238

[13] Corte Suprema de Justicia de la Nación (2017): Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Actualidad Juridica 36.indd 469 01-09-17 11:59

La CSJN rechazó la solicitud de "dejar sin efecto" la sentencia de 2001, argumentando que, si bien las sentencias de la CorteIDH dictadas contra Argentina son, "en principio", obligatorias:

> "dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana" (considerando 6).

La CSJN sostuvo que el sistema interamericano es un "sistema subsidiario" y que "la Corte Interamericana no actúa como una instancia más en los casos trata dos por las Cortes nacionales" (considerando 8). Al ordenar dejar sin efecto una sentencia de la CSJN, la CorteIDH se habría constituido en una "cuarta instancia", lo que es inadmisible para el propio sistema interamericano y viola uno de los "principios inconmovibles" del sistema constitucional argentino: el carácter supremo de la CSJN (considerando 17). La CorteIDH, para la CSJN, debe ser "subsidiaria, coadyuvante y complementaria [...]" (considerando 8). Por lo demás, argumenta la CSJN, la medida ordenada por la CorteIDH no está explícitamente considerada en la Convención Americana (considerando 13), no siendo una de las "obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema" (considerando 10). Finalmente, la CSJN señala que su sentencia:

> "no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad que surge del arto 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional" (considerando 20).

En síntesis, la CSJN reconoció la existencia de la obligación por la cual los fallos de la CorteIDH dictados contra Argentina deben ser cumplidos, pero identificó un límite a la competencia de la CorteIDH: la CSJN no estaría obligada a cumplir la medida ordenada por la CorteIDH porque esta última no tiene competencia para constituirse en una instancia judicial que pueda ordenar dejar sin efecto una sentencia judicial dictada por un tribunal doméstico considerado supremo. Aunque la CSJN no rechaza completamente la autoridad de la CorteIDH y reconoce implícitamente la responsabilidad internacional del Estado, la CSJN limita el marco de acción de la CorteIDH en el tipo de medidas que puede ordenar.

3. La CorteIDH como "cuarta instancia" material

Es importante tener presente que la responsabilidad internacional de un Estado puede provenir de la actuación de cualquier órgano perteneciente a dicho

Actualidad Juridica 36.indd 470 01-09-17 11:59

Estado, sea judicial o no. El responsable, desde una perspectiva internacional, será siempre el Estado considerado como un ente unitario. La pregunta acerca de cómo se hace efectiva dicha responsabilidad internacional se formula de manera separada al hecho de que dicha responsabilidad sea declarada, porque el principio de subsidiariedad exige que se utilicen los mecanismos internos de cada Estado para contestar dicha pregunta. Como todos los Estados se organizan de forma distinta, la CorteIDH debería dar a los Estados un marco de acción lo suficientemente amplio como para que todos los sistemas domésticos de la región puedan ajustarse a su jurisprudencia con cierta flexibilidad.

Siguiendo esta lógica, Claudio Nash entiende que la CorteIDH no ordenó a la CSJN revocar la sentencia, ya que la aplicación de una medida como esa podría afectar la organización interna del sistema constitucional argentino[14]. En un orden similar de ideas, el juez de la CorteIDH, Raúl Zaffaroni, sostuvo:

> "no se trata de revocar ninguna sentencia. Se trata de que el Poder Judicial, como parte del Estado, haga perder eficacia a la sentencia en la forma y con el nombre que quiera dársele dentro de cada derecho interno nacional, para evitar que el Estado sea sancionado internacionalmente"[15].

No obstante, lo que estos autores no reconocen explícitamente, es que la única forma de cumplir la medida ordenada por la CorteIDH ("dejar sin efecto...") es mediante un acto equivalente a la revocación de la sentencia, tal y como lo reconoce Jorge Contesse, quien interpreta la medida ordenada por la CorteIDH como una revocación[16]. El problema no es cómo ejecutar la orden de "dejar sin efecto" la sentencia de 2001; el problema es que ello no puede hacerse sin que, valga la redundancia, *se deje sin efecto dicha sentencia como resultado de la orden de la CorteIDH*. Esto es consistente con la solución ofrecida por el propio Zaffaroni, para quien la CSJN podría haber resuelto el problema de con una elaboración jurisprudencial nueva:

> "porque la Corte Suprema desde hace casi 120 años se ha atribuido pretorianamente (por decisión propia) convertirse en la última instancia de todos los procesos de todas las materias de toda la República cuando tenga ganas"[17].

Por lo anterior, la CorteIDH habría aspirado, al menos, a constituirse en una suerte de cuarta instancia en términos materiales. Sin perjuicio de que formalmente puedan utilizarse otras expresiones lingüísticas para denominar la consecuencia jurídica ordenada por la CorteIDH, la medida se

[14] Nash (2017).
[15] Zaffaroni (2017).
[16] Contesse (2017a).
[17] Zaffaroni (2017).

Actualidad Juridica 36.indd 471 01-09-17 11:59

dirige a producir una inevitable revocación judicial en términos materiales. Lo anterior convierte a la CorteIDH en una "cuarta instancia", cualesquiera sean los eufemismos que puedan utilizarse de forma alternativa.

4. La sentencia de la CSJN y el problema de efectividad de la jurisprudencia de la CorteIDH

Siguiendo lo señalado en la sección precedente, la CorteIDH, en vez de presentarse como una corte que actúa asociada por una causa común (la protección de los derechos) y ordenar medidas que no amenazaran el equilibrio de poderes doméstico, decidió sustituir a la CSJN, presentándose como un rival que le disputa su función de intérprete supremo[18]. Con esta conducta, la CorteIDH abrió una pregunta peligrosa para su propia autoridad: ¿pueden las cortes supremas o tribunales constitucionales de países que pertenecen al sistema interamericano de derechos humanos determinar los alcances de la competencia de la CorteIDH?[19].

La CorteIDH tenía alternativas menos intrusivas para reparar la violación a los derechos del caso Menem, tal y como lo demuestran las otras medidas ordenadas en la sentencia: la existencia de la sentencia declarando la responsabilidad internacional (que es una forma de reparación simbólica con efectos políticos relevantes), la publicación de dicha sentencia en medios de comunicación, la entrega de sumas de dinero a las víctimas por parte del Estado, y la exigencia de someter al Estado a un proceso de supervisión de cumplimiento. Este tipo de reparaciones, en general, no presentan mayores obstáculos para los Estados, quienes las pueden ejecutar con relativa facilidad.

Además, las sentencias de la CorteIDH son instrumentos jurídicos que sirven como antecedente para ser invocado por otros litigantes en casos similares, y también por legisladores domésticos interesados en promover cambios legislativos que apliquen el estándar de protección defendido por la CorteIDH[20]. Aunque pueda discutirse si la sentencia de la CorteIDH produce un precedente vinculante para otros países, ella al menos sirve como pre-

[18] Roberto Gargarella reconoce que la sentencia se explica en parte por "su celosa ansiedad [de la CSJN] por reafirmar su poder frente a la Corte Interamericana. En efecto, pareciera que la principal preocupación de la Corte nacional fue la de dejar en claro la intangibilidad y las dimensiones de su poder, frente a la 'amenaza' de menoscabo que percibe desde la Corte Interamericana". Gargarella (2017).

[19] Esta pregunta fue formulada por Contesse (2017a).

[20] En Chile, esto ha ocurrido en las discusiones legislativas sobre la pena de muerte, donde continuamente se ha invocado el Derecho Interamericano como argumento para sostener la obligación del Estado de Chile de no retroceder en la protección de la vida y en la eliminación progresiva de la pena de muerte. Troncoso (2011), pp. 61-65.

Actualidad Juridica 36.indd 472 01-09-17 11:59

cedente persuasivo, fuente informal del Derecho (o *soft law*), que puede ser utilizado como argumento en juicios domésticos u otros procesos seguidos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o ante la propia CorteIDH. Un efecto adicional que las sentencias condenatorias de la CorteIDH producen, es menoscabar la reputación del Estado que ha incurrido en responsabilidad internacional, transformándose en bibliografía obligatoria para quienes siguen la jurisprudencia de la CorteIDH. Este efecto es relevante en el largo plazo, no solo para aquellos que poseen una concepción fuerte del papel de la CorteIDH (*i.e.*, aquellos que promueven el control de convencionalidad), sino para cualquier Estado donde la CorteIDH pueda tener algún grado de influencia. Por todo lo anterior, la CorteIDH, al ordenar este tipo de medidas, y por el solo hecho de dictar una sentencia, logra avanzar en la protección de los derechos fundamentales que fueron violados.

Alternativamente, la CorteIDH pudo seguir otro camino metodológico, por ejemplo, aceptando la existencia de distintas interpretaciones posibles y válidas a la Convención Americana, justificando dicho camino en el respeto por el pluralismo constitucional de la región. Un camino como este habría significado evitar una condena al Estado argentino, y no habría impedido necesariamente que la CorteIDH renunciara a los estándares de protección que cree más apropiados. Era poco probable que esto sucediera, ya que la CorteIDH ha sido generalmente hostil a la idea de establecer criterios de deferencia tales como la doctrina del margen de apreciación que su par europeo ha desarrollado con relativo éxito[21]. No obstante, no puede descartarse que, para cierto tipo de casos, desarrollar doctrinas de deferencia que puedan mostrar la dirección correcta sin imponerla, es una estrategia interesante para fortalecer la legitimidad de la CorteIDH en el largo plazo. En la sentencia del caso Menem, la CorteIDH hizo todo lo contrario y, como es normal en su jurisprudencia, utilizó una metodología jurídica incompatible con posibles interpretaciones alternativas. Con ello, la CorteIDH desconoce la existencia de desacuerdos morales respecto de la manera en que interpretamos los derechos y se convierte ella en la máxima autoridad para determinar cómo resolver dichos desacuerdos.

Sin perjuicio de lo anterior, desarrollar doctrinas jurisprudenciales basadas en la deferencia a los órganos domésticos es una tarea compleja que requiere distinguir distintos tipos de casos y establecer los niveles de tolerancia frente a interpretaciones rivales que tensionen con la interpretación que la CorteIDH estima correcta. Para que este tipo de doctrinas sean exitosas, la

[21] Pablo Contreras argumenta que la doctrina del control de convencionalidad ha admitido ciertos grados de deferencia, y ofrece una tipología que es útil para su estudio. Contreras también argumenta que la doctrina del margen de apreciación ha tenido poca recepción en la CorteIDH. En mi opinión, los grados de deferencia de la CorteIDH son bastante modestos. Véase Contreras (2014), pp. 235-274.

Actualidad Juridica 36.indd 473 01-09-17 11:59

CorteIDH debería poseer una mirada pragmática y consistente en el tiempo, lo que hoy parece ser difícil de aceptar por parte de sus jueces.

Pablo Contreras distingue distintos tipos de control que pueden resultar de una sentencia de la CorteIDH que condena internacionalmente a un Estado[22]. Entre ellos, se encuentra:

i) "el control fuerte", por el cual los jueces deben invalidar normas domésticas que violen el estándar de la CorteIDH sin un margen de acción relevante. Enseguida, el control puede ser
ii) "débil", en el sentido de que permite a los tribunales domésticos un margen de acción interpretativo para evitar la invalidez de la norma interna. Finalmente, el control puede ser
iii) "de directriz", cuando se entrega una amplia discrecionalidad para elegir la manera en que la obligación internacional debe ser cumplida.

En el caso Menem, la CorteIDH utilizó una forma de control *fuerte*, al ordenar dejar sin efecto una sentencia dictada por la CSJN. Si la CorteIDH hubiese utilizado una forma de control débil o de directriz, la CSJN no habría tenido, probablemente, oportunidad ni interés por rechazar explícitamente la medida ordenada por la CorteIDH. Es probable que la CSJN ni siquiera hubiera tenido necesidad de pronunciarse, y ambas podrían podido mantener sin controversia sus estatus de intérpretes supremos dentro de sus respectivas esferas de competencia. La señal de la CorteIDH habría sido menos polémica, y el debate se habría concentrado en la forma de interpretar y proteger la libertad de expresión, y no en el conflicto de poderes entre la CorteIDH y la CSJN.

Por lo anterior, la sentencia de la CSJN debe ser vista como una defensa de la jurisdicción de una corte que se sintió amenazada por otro tribunal. Si la CorteIDH no hubiese amenazado a la CSJN con privarla de su estatus de tribunal supremo del sistema constitucional argentino, la CSJN no habría tenido motivos para reaccionar de la forma como lo hizo, y las medidas ordenadas probablemente se habrían implementado sin mayores polémicas. La agenda interamericana de protección de los derechos humanos se habría visto fortalecida por este caso. La CorteIDH, lejos de avanzar de forma pragmática en una estrategia que la permita convertirse en un actor más influyente y respetado en el contexto interamericano, ha decidido establecer divisiones donde no debiera haberlas.

5. Conclusión

La literatura ha ofrecido soluciones al creciente problema de autoridad de la la CorteIDH[23]. Una mayoría de internacionalistas parecen convencidos de

[22] Contreras (2014), pp. 235-274.

[23] Véase, por ejemplo, una reciente evaluación y propuesta sobre los problemas de la agenda del sistema (en especial de la Comisión), en Kletzel (2017). Otro ejemplo es el trabajo de

Actualidad Juridica 36.indd 474 01-09-17 11:59

la importancia de fortalecer la autoridad de dicha Corte y realizan esfuerzos doctrinarios para justificarla[24], algunos, incluso, han propuesto utilizar su jurisprudencia para establecer una suerte de *ius constitutionale commune* latinoamericano[25], mientras otros permanecen escépticos y suelen reaccionar negativamente cuando existen sentencias adversas a sus agendas[26], o cuando la CorteIDH utiliza técnicas interpretativas lejanas al texto de la Convención Americana[27]. Todas estas posiciones han conducido a un debate que es difícil de reconciliar. No obstante, nadie parece discutir el hecho de que la CorteIDH tiene un problema de efectividad y legitimidad. Casos como el de Menem deterioran al sistema interamericano.

La sentencia que comento en este breve ensayo es un ejemplo de la manera en que la propia CorteIDH ha dañado su propia autoridad. Por una parte, la CorteIDH intenta posicionarse como la autoridad final en la interpretación de derechos fundamentales y, por otra parte, CorteIDH no ha desarrollado una metodología que pueda conducir a reconciliar ese poder con la manera en que las cortes supremas o tribunales constitucionales domésticos comprenden sus propias funciones. En vez de invitar a los jueces domésticos a ser aliados en una causa común, la CorteIDH parece fallar de manera casuística y pensando en el corto plazo. Incluso, si se acepta que la sentencia de la CSJN del año 2001 ofrecía un estándar de protección inaceptable a la libertad de prensa (una posición que yo comparto), no puede inferirse de ello que la mejor solución sea dejarla sin efectos debido a la orden de una Corte internacional que desafía el poder de una Corte nacional.

Una comprensión más modesta del papel de la CorteIDH es una comprensión más factible que puede ser de utilidad para fortalecer la protección de la libertad de expresión en el largo plazo.

Los críticos de la CSJN no deben olvidar que la causa más probable de la resistencia de la CSJN de adoptar el precedente de la CorteIDH no se encuentra en la interpretación sustantiva de la libertad de expresión, sino que en la innecesaria lucha por establecer quién es el verdadero intérprete supremo de los derechos fundamentales. En el futuro cercano, parece poco probable que litigantes argentinos argumenten sus causas citando al caso Menem como precedente. Si la CorteIDH no hubiese ordenado la medida que or-

Ariel Dulitzky, quien ha propuesto que la CorteIDH se convierta en aliada de los tribunales domésticos en sus luchas internas por avanzar en sus agendas por los derechos humanos, y para eso debe desarrollar un diálogo bilateral con los jueces domésticos, incorporándolos lo más posible en sus procesos. Dulitzky (2015), pp. 45-93. En el caso Menem, la CorteIDH hizo exactamente lo contrario a lo sugerido por Dulitzky.

[24] Entre ellos, destaca un trabajo del juez Ferrer Mac-Gregor (2015), pp. 93-99. Otro ejemplo reciente, es el trabajo Contesse (2017b).

[25] Es especial, véase Bogdandy (2015), pp. 3-50.

[26] Véase, por ejemplo, Ferrer *et al.*(2012), pp. 201-239.

[27] Paúl (2012), pp. 209-247.

Actualidad Juridica 36.indd 475 01-09-17 11:59

denó, el camino para que la sentencia de la CorteIDH fuera utilizada (a lo menos)como precedente persuasivo en Argentina, hubiese quedado despejado. Cualquier efecto positivo de la interpretación judicial de la libertad de expresión por parte de la CorteIDH podría limitarse severamente si la comunidad jurídica estima que ambas cortes actúan como rivales y no como aliados en la protección de los derechos.

Bibliografía

Bazán, Víctor (2010): "El Derecho Internacional de Los Derechos Humanos Desde La Óptica de La Corte Suprema Argentina", en *Estudios Constitucionales*, 8 N°. 2: pp. 359-388.

Bogdandy, Armin (2015): "Ius Constitutionale Commune in Latin America: A Look at a Transformative Constitutionalism," en *Revista de Derecho Del Estado*, Vol. 34: pp. 3-50.

Contesse, Jorge (2017a): "Judicial Backlash in Inter-American Human Rights Law?", en *Int'l J. Const. L. Blog*, Publicado el 2 de marzo de 2017.

Contesse, Jorge (2017b): "The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights," en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, N° 2.

Contreras, Pablo (2014): "Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional Y Discreción Nacional En La Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Ius Et Praxis*, Vol. 20 N° 2: pp. 235-274.

De Antoni, Román (2017): ¿Corte Suprema vs. Corte Interamericana de DDHH? Comentario al fallo 'Fonteveccia'. Disponible en: http://palabrasdelderecho.blogspot.com/2017/02/corte-suprema-vs-corte-interamericana.html [fecha de consulta: 8 de junio de 2017].

Dulitzky, Ariel (2015): "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", en *The Texas International Law Journal*, Vol. 50 N° 1: pp. 45-93.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2015): "Conventionality Control: The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights," en *AJIL Unbound*, Vol. 109: 93–99.

Ferrer, Álvaro *et al.*(2012): "Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas v. Chile. Razones para afirmar la nulidad del proceso y la sentencia", en *Derecho Público Iberoamericano* N° 1: pp. 201-239.

Gargarella, Roberto (2017): *La Corte Suprema y los Alcances de las Decisiones de la Corte Interamericana*. Disponible en: http://seminariogargarella.blogspot.com/2017/02/la-corte-suprema-y-los-alcances-de-las.html [fecha de consulta: 8 de junio de 2017].

Huneeus, Alexandra (2010): "Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts, and Regional Human Rights", en Javier Couso, Alexandra Hu-

Actualidad Juridica 36.indd 476 01-09-17 11:59

NEEUS y Rachel SIEDER (editores) *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge Studies in Law and Society (New York, Cambridge University Press) pp. 112-138.

HUNEEUS, Alexandra (2011): "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights", en *Cornell International Law Journal* , Vol. 44: pp. 493-533.

KLETZEL, Gabriela (2017): "The Inter-American Commission on Human Rights' New Strategic Plan: An Opportunity for True Strenghtening", en *The International Journal of Human Rights*. Disponible en http://dx.doi.org/10.1080/13642987.2016.1268772.

MEDICI, Alejandro (2017): "El Jardín de Los Senderos Que Se Bifurcan. Comentario Al Fallo 'Fontevecchia II' de La Corte Suprema de Justicia de La Nación", en *Revista Derechos En Acción*, N° 2: pp. 213–219.

NASH, Claudio (2017): *Corte Suprema Argentina y Corte Interamericana. ¿Un nuevo integrante del club de la neo-soberanía?* Disponible en www.diarioconstitucional.cl/articulos/corte-suprema-argentina-y-corte-interamericana-un-nuevo-integrante-del-club-de-la-neosoberania/ [Fecha de consulta: 8 de junio de 2017].

NEDER MEYER, Emilio Peluso (2017): "Criminal Responsibility in Brazilian Transitional Justice. A Constitutional Interpretative Process Under the Paradigm of International Human Rights Law" en *The Indonesian Journal of International & Comparative Law* 4.

PAÚL, Álvaro "Controversial Conceptions: The Unborn and the American Convention on Human Rights", en *Loyola University Chicago International Law Review*, Vol. 9 N° 2: pp. 209-247.

SILVA, Luis (2012): "¿Es El Tribunal Constitucional El Supremo Intérprete de La Constitución?", en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, tomo XXXVIII: pp. 573-616.

TRONCOSO, Claudio (2011): *Parlamento Y Política Exterior de Chile. Un Balance de Veinte Años (1990-2010)* Serie de Estudios (Santiago, Konrad Adenauer Stiftung).

TSERETELI, Nino (2016): "Emerging Doctrine of Deference of the Inter-American Court of Human Rights?", en *The International Journal of Human Rights,* Vol. 20 N° 8: pp. 1097-1112.

VERDUGO, Sergio (2013): "La Discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes. diseño institucional y modelos constitucionales", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40: pp. 181-223.

ZAFFARONI, Raúl (2017): La Corte Suprema declara su Independencia del Estado. Disponible en www.agenciapacourondo.com.ar/ddhh/zaffaroni-la-corte-suprema-declara-su-independencia-del-estado [fecha de consulta: 8 de junio de 2017].

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2017): Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de febrero de 2017.

Actualidad Juridica 36.indd 477 01-09-17 11:59

CorteIDH (2011): "Fontevecchia and D'Amico v. Argentina", Serie C, Nº 238, 29 de noviembre de 2011.

CorteIDH (2010): "Gomes Lund y Otros ('Guerrilla do Araguaia') v. Brasil, Serie C, Nº 219, 24 de noviembre de 2010.

Tribunal Constitucional de la República Dominicana (2014): Rol N° TC/0256/14, 4 de noviembre de 2014.

Otros

Comunicado de prensa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014): *CIDH Condena Sentencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana*.Disponible en www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/130.asp [fecha de consulta: 8 de junio de 2017].

Actualidad Juridica 36.indd 478 01-09-17 11:59

CASO SERVIPAG: ¿COAUTOR POR EJECUCIÓN O COAUTOR POR PRESIÓN?

THE SERVIPAG CASE: COAUTOR PER EXECUTION OR COAUTOR BY PRESSURE?

Jaime Pacheco Quezada[*]

Resumen: El artículo pasa revista a los criterios que conforme a la doctrina mayoritaria se han de tener en consideración a efectos de elevar a la categoría de coautores a quienes interviniendo en el hecho en fase ejecutiva no contribuyen con un acto típicamente ejecutivo y los contrasta con los aplicados en el caso concreto, tanto por los jueces de la instancia como por la respectiva Corte de Apelaciones. Ante la insuficiencia en la fundamentación esgrimida por los sentenciadores, el trabajo pretende resaltar la necesidad de aplicar con mayor rigurosidad los criterios elaborados por la doctrina en relación con la distinción entre autoría y participación, lo que junto con conducir a una mejor valoración de la calidad o intensidad de las diversas formas de intervención en el ilícito, permitirá una sanción ajustada a dicha valoración.

Palabras Clave: Coautoría – Dominio funcional – Concierto previo – Imputación recíproca – Exceso de dolo.

Abstract: The article reviews the criteria that, according to the majority doctrine, have to be taken into consideration in order to raise the category of co-authors to those who intervene in the act in the executive phase do not contribute to a typically executive act and contrasts them with the Applied in the specific case, both by the judges of the court and by the respective Court of Appeals. Given the insufficiency in the justification provided by the sententiators, the paper aims to highlight the need to apply more rigorously

[*] Abogado. Profesor de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Concepción.

El autor manifiesta su agradecimiento por la colaboración en la recopilación de jurisprudencia a Carolina Valenzuela Valdés, postulante de la Defensoría Penal Pública Región del Biobío.

Actualidad Juridica 36.indd 479 01-09-17 11:59

the criteria developed by the doctrine in relation to the distinction between authorship and participation, which together with lead to a better quality assessment Or intensity of the various forms of intervention in the illicit, will allow a sanction adjusted to that assessment.

Key Words: Co-authorship – Functional domain – Previous concert – Reciprocal imputation – excess of deceit.

* * *

En síntesis, los hechos que se dieron por establecidos y que resultan atingentes a este comentario[1], fueron:

> "El día 29 de julio de 2015, siendo las 19:37 horas aproximadamente, los hermanos I.M. (menor de edad a la fecha de los hechos) y J.M., concurrieron hasta la caja receptora y pagadora de dineros de la empresa Servipag, ubicada en el interior de un Supermercado Mayorista, la que era atendida por P.R.A. quien en esas circunstancias fue abordado por los acusados, procediendo J.M. a intimidar al cajero con rociarle combustible y prenderle fuego, ello para conminarlo a abrir la puerta de acceso a la caja y sustraer el dinero que se hallaba bajo custodia del ofendido; para este fin J.M. introdujo a través de la ranura de la ventanilla de atención de público, una manguera que se encontraba conectada con el gollete de la botella contenedora de combustible, rociando al cajero con dicho combustible, al tiempo que le exigía a viva voz que abriera la puerta. Entretanto, I. M. se dirigió a la puerta de acceso del habitáculo donde se encontraba la víctima, propinándole reiterados golpes a esa puerta. Ante la no apertura de dicho acceso por el ofendido, el imputado J.M. acercó un encendedor a la ventanilla de atención de público, prendiéndole fuego a P. R. A. y causando un incendio en la caja de Servipag, ante lo cual la víctima abrió la puerta de acceso y sale del habitáculo, cayendo al suelo agonizante y envuelto en llamas, a escasos metros de su lugar de trabajo. A su turno, los hechores se dieron a la fuga del lugar sin lograr apropiarse del dinero, siendo detenidos momentos después.
>
> A consecuencia de la violencia ejercida en la persona de P. R. A., éste resultó con lesiones de carácter grave que pudieron ocasionarle la muerte de no haber mediado atención médico quirúrgica oportuna y adecuada"[2].

[1] En el juicio oral como en el recurso de nulidad en que recayó en la sentencia que se comenta, se debatieron cuestiones relativas a la infracción al principio de presunción de inocencia, infracción a las reglas de valoración de la prueba, exceso de dolo y otras, las que no serán objeto de este comentario.

[2] Corte de Apelaciones Concepción (2017): Rol N° 1005/2016.

Actualidad Juridica 36.indd 480 01-09-17 11:59

La cuestión que se abordará en este comentario, se relaciona con la calificación jurídica como coautor-ejecutor que se atribuyó a la contribución de I.M. al hecho de que en concreto se dio por acreditado –un robo con homicidio en grado de tentativa–, cuestión que aparece relevante por cuanto, de los hechos probados queda de manifiesto que el acusado I.M. no realizó acción ejecutiva típica de tal suceso.

Tesis del tribunal

La Corte, haciendo suyos los fundamentos dados por los jueces de la instancia[3], desestima lo sostenido por el recurrente en cuanto a que su defendido I.M. no revestía la calidad de coautor-ejecutor, ya que en concepto de la Corte:

> "ha quedado demostrado de los diversos considerandos de la sentencia, que los sujetos llegaron al lugar, permanecen juntos, premunidos con una botella con combustible para rociar a su víctima, medio idóneo para dar muerte mediante su combustión dirigida al cajero; los individuos dividen su actuación, uno se dirige al cajero y el otro a la puerta de acceso. Para la procedencia de la autoría no es necesario que cada uno haya realizado en su integridad todos los actos que el tipo de robo y homicidio requiere, porque los hechos son demostrativos que existió una intención común, sea expresa o tácitamente para llevar a cabo el delito" (considerando 35).

En definitiva, la Corte condena a I.M. como autor ejecutor el delito de robo con homicidio en grado de tentado, en virtud de lo previsto en el artículo 15 N° 1 del C*ódigo Penal*.

Comentario

Los distintos criterios que se utilizan en la doctrina y jurisprudencia para caracterizar la autoría y distinguir entre autoría y participación muestran sus principales diferencias en la delimitación entre la coautoría y la cooperación o complicidad. La sentencia en comento, como indicábamos, entre otras cuestiones, nos plantea precisamente esta problemática, toda vez que, conforme a los hechos probados, se desprende que quien ejecutó las conductas lesivas para la integridad corporal de la víctima, esto es, rociarlo con combustible, acercar

[3] Véase sentencia del T.O.P. de Concepción (2016): RIT N° 547-2016. En estricto rigor la Corte, en relación con esta cuestión, se limita a transcribir los considerandos respectivos de la sentencia de primera instancia, por lo que el contenido de este comentario es igualmente valido y, quizá en mayor medida, respecto de dicha resolución.

Actualidad Juridica 36.indd 481 01-09-17 11:59

el encendedor y prenderle fuego, fue un tercero, y que ello lo realizó ante la negativa de esta de abrir la puerta de acceso del habitáculo en el que se encontraba, por lo que surge la interrogante de determinar, sobre la base de qué consideraciones jurídicas resultaba admisible estimar que la conducta desplegada por I.M. –golpear la puerta para que la víctima la abriera– era constitutiva de coautoría ejecutiva de un robo con homicidio tentado.

La Corte fundamenta la coautoría por parte de I.M. exclusivamente en la existencia de una "intención común" expresa o tácita entre los intervinientes para llevar a cabo el delito y, si bien podría admitirse la posibilidad que para los casos de coautoría contemplados en el numeral 1° de artículo 15 del *Código Penal*, bastaría con un dolo común (dolo de hacer conjuntamente) que no alcanza los niveles del concierto previo (entendido como reparto más o menos formal de funciones)[4], esa menor exigencia se justificaría en atención a la mayor relevancia atribuida a la realización de acciones típicamente ejecutivas, cualidad que no reviste la contribución de I.M. en el caso de que se comenta, por lo que la argumentación de la Corte en caso alguno satisface la problemática planteada, toda vez que el cuestionamiento apunta, en un primer nivel, a determinar si puede o no considerarse a I.M. coautor, y luego a establecer, respecto de qué hecho se le podía dar esa calificación; en concreto, lo que la Corte debía resolver y no hizo adecuadamente era determinar si efectivamente I.M. era coautor-ejecutor de un robo con homicidio en grado imperfecto.

Si bien en nuestra doctrina existe alguna discusión en orden a cuál sería el precepto que regula la coautoría[5], tal discusión se torna menor respecto a la determinación de las exigencias que dicha forma de intervención supone.

En ese sentido, el criterio material que goza de mayor preferencia, tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial[6], para determinar cuando existe coautoría es el del dominio del hecho, y específicamente el dominio funcional. Siguiendo a Roxín, en los delitos de dominio, como es el caso que nos ocupa, posee este dominio funcional y, por tanto, es autor

> "todo interviniente cuya aportación en fase ejecutiva representa un requisito imprescindible para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene aba-

[4] Sobre la distinción entre dolo común y concierto previo véase: Corte Suprema (2011): Rol N° 3021/2011. Sobre el contenido y función del artículo 15 del *Código Penal* y en particular del N° 1 y 3 del artículo 15 véase Soto (1986), p. 13 y ss.

[5] Sobre el tratamiento de la coautoría en la doctrina nacional véase, entre otros: Hernández (2011), p. 399 y ss; Cury y Matus (2002), p. 229 y ss; Etcheberry (1988); Garrido (1984); Mañalich (2005), p. 468 y ss: Soto (1986), p. 13 y ss.

[6] Véanse sentencias Corte Suprema roles N° 798-2005; 2725-2010; 2406-2012; 6993-2011; 12196-2011; 38159-2016. Incluso, en el mismo sentido, la propia Corte de Apelaciones de Concepción: roles N° 440-2007; 7-2009; 32-2012; 568-2012.

Actualidad Juridica 36.indd 482 01-09-17 11:59

jo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer"[7].

En consecuencia, los específicos elementos del dominio funcional de hecho son:

i) el plan común, que no es algo tan estricto como un plan detallado o un acuerdo expreso y previo,

ii) la esencialidad de la contribución del sujeto concreto para el éxito del plan común, entendida de tal modo que, si el sujeto deja de prestar su contribución, todo el plan común se viene abajo y fracasa (es decir, entendida como algo más que poder de interrupción) y

iii) que la contribución esencial se produzca en la fase ejecutiva[8].

De esta forma, parece no haber dudas en cuanto a que la coautoría comprende algo más que la mera suma de varios autores individuales y, si bien lleva razón la Corte, cuando afirma que no es necesario que cada uno de los intervinientes haya realizado en su integridad todos los actos del tipo, no se debe olvidar que se está frente a una correalización del tipo que permite hacer responder a cada uno de forma independiente por el hecho global,

[7] Roxin (2000), p. 310. Agrega este autor: "para ambos (coautores) la situación es la misma: solo pueden realizar su plan actuando conjuntamente; pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación. En esta medida cada uno tiene el hecho en sus manos". En el mismo sentido, nuestra Excma. Corte Suprema ha sostenido: "considerando el concepto de autor aceptado por nuestra legislación parece acertado, determinar si los sujetos imputados tenían o no dominio (poder) sobre la verificación del hecho punible, esto es, si su actuar contribuyó esencialmente a realizar el resultado descrito en el tipo penal o, dicho de otra manera, si separando sus acciones, la omisión imaginaria de las desplegadas por aquéllos haría fracasar el fin lesivo perseguido". Corte Suprema (1999): Rol N° 3957-1999.

[8] Crítico de la teoría del domino del hecho Jakobs, para quien el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social. El dominio es una cuestión de la medida de la calificación de la intervención, una cuestión cuantitativa, mientras que la cuestión cualitativa –¿quién responde?– no se determina en función de la concurrencia de dominio, sino en función de la atribución del comportamiento y de las consecuencias. Así, aun cuando una persona fácticamente domina el hecho, incluso si lo domina como último interviniente en la cadena causal que conduce al resultado típico, no debe responder por él si su intervención es completamente ajustada a su rol y normativamente no tiene competencia para la evitación de ese hecho, que en realidad cabe completamente dentro de la responsabilidad de otro interviniente que sí tiene competencia para la evitación de ese hecho. La cuestión del dominio del hecho, no es otra cosa que la cuestión de la cantidad de intervención, esto es, en qué medida se determina el marco de ejecución y la ejecución misma o en qué medida configura el suceso. La separación entre autoría y participación (inducción/complicidad) no es una distinción entre tipos de codelincuencia claramente diferenciados, sino, por el contrario –y especialmente la separación de autoría y complicidad– solo es una ordenación en función de cantidades de intervención y, con ello, de dominio del hecho: ¿quién configura más bien lo característico y quien más bien lo accesorio? Los primeros son autores, los segundos cómplices. Jakobs (2000), p. 87 ss.; Jakobs (1997), p. 745 y ss.

Actualidad Juridica 36.indd 483 01-09-17 11:59

como hecho propio[9]. Lo ejecutado conforme a lo mutuamente aceptado se imputa a todos como coautores.

Es precisamente este último aspecto lo que se echa de menos en la sentencia que se comenta, toda vez que de su precaria fundamentación no es posible inferir por qué se está ante una correalización que permita atribuir el hecho global –robo con homicidio– como propio al acusado I.M., siendo la mera común intención insuficiente para ello. La omisión de fundamentación en que incurre la Corte resulta sustancial, por cuanto la calificación que efectuó de los hechos implicaba dejar establecido que el homicidio era el medio que los sujetos empleaban para lograr la apropiación de especies y que estos sabían y aceptaban conforme al plan común matar al cajero para alcanzar tal finalidad[10]. Sin embargo, resulta al menos cuestionable asumir sin más que I.M. hubiese aceptado tácitamente y, menos aun expresamente, lo efectivamente ejecutado por su coimputado, por cuanto la única forma que tenían los hechores para acceder al dinero que se encontraba en la caja del SERVIPAG era o, bien, mediante la entrega que del dinero hiciera personalmente el cajero a los sujetos o, bien, mediante la apertura de la puerta de ingreso a dicha caja, también realizada por el cajero[11]; de suerte entonces, que la muerte de aquel impedía o cuando menos, obstaculizaba de un modo significativo el logro de esa finalidad.

El establecer con claridad si el suceso en definitiva acaecido, quedaba o no comprendido en la voluntad de realización de I.M. constituía un aspecto relevante en un doble sentido. En primer término, porque la mutua aceptación de lo obrado opera como límite a la imputación reciproca de las contribuciones, por lo que, cuando uno de los coautores se excede por su cuenta del plan acordado sin que los demás lo consientan, en principio ese exceso no puede imputarse a los demás; la coautoría llega hasta donde alcanza la voluntad compartida, más allá del acuerdo mutuo no hay imputación recíproca[12]. En el caso en comento, la interrogante en relación con un eventual exceso por parte del coimputado resulta justificada, por cuanto de

[9] Bolea Bardon (2004), p. 31.

[10] Como se indicó también fue objeto de discusión durante el juicio si el atentado a la vida del cajero correspondía a un exceso en el actuar por parte del coimputado, que no podía ser atribuido a I.M., pero tanto el tribunal de la instancia como la Corte, desestimaron tal posibilidad, atribuyendo a ambos acusados dolo directo respeto de ese atentado. Sin embargo, cabe tener presente que incluso si un interviniente ha contado, de modo fundamentador del dolo, con determinadas acciones del otro, la responsabilidad depende además de si junto a la decisión de ajuste (decisión común del hecho) concurre una coconfiguración suficiente para la coautoría: Jakobs (1997), p. 748.

[11] Resultó un hecho probado que el habitáculo en que se encontraba la víctima era blindado y, que la única forma de ingreso lo era mediante la apertura de la puerta desde el interior.

[12] Mir (2011), p. 405; Cury (2004), p. 611. En particular, sobre el exceso en el robo con homicidio véase Guzman (2007), p. 409 y ss.

Actualidad Juridica 36.indd 484 01-09-17 11:59

los hechos probados aparece que ante la imposibilidad de alcanzar el propósito inicial de obtener la entrega del dinero o de acceder a él, por la negativa de la víctima de abrir la puerta del habitáculo en el que se encontraba, genera por parte de J.M. una desviación e intensificación de ese propósito inicial al aplicar fuego al cuerpo de la víctima.

Y en segundo término, porque la condición de adolescente de I. M. representaba por sí sola una señal de alerta en orden a precisar el verdadero alcance de su representación, toda vez que dicho grupo etario se caracteriza por presentar una natural menor capacidad para resistir la presión del grupo y por la gran influencia que en ellos tienen los modelos de comportamiento de sus pares; como asimismo, por presentar una mayor propensión a asumir hechos no cometidos por ellos[13].

La mera intencionalidad o concierto de voluntades, desde hace ya largo tiempo ha sido desestimada como criterio fundante de la coautoría[14], concibiéndose en la actualidad la coautoría como dominio conjunto del hecho, lo que implica que los coautores comparten el dominio entre todos, lo que, a su vez, supone que cada coautor posee algo más que el control sobre su porción del hecho, pero también implica que solo dirige el suceso junto con los demás[15]. Cada individuo codomina el riesgo a través de su propia contribución al hecho, codominio que se ejerce en un plano de igualdad y no desde distintas posiciones como sucede con la figura del autor tras el autor, ya que la coautoría presenta una estructura horizontal no vertical[16].

Por otra parte, la Corte alude también a la división del trabajo como un factor a considerar para establecer la coautoría[17], sin embargo, tal criterio,

[13] No se debe olvidar que el coimputado era el hermano mayor de I.M. Véase Carnevali y Kallman (2009), p. 111 y ss; Redlich (2012), p. 87 y ss.

[14] Sobre las críticas al concierto previo véanse Gimbernat (1966a), p. 57 y ss.; Gimbernat (1966b), p. 13 y ss; García del Blanco (2006). En nuestra doctrina, Cury señala: "El acuerdo de voluntades es condición necesaria, pero en modo alguno suficiente de la coautoría (...). La pura voluntad de obrar en común es insuficiente para establecer la distinción entre coautores y participes (inductores o cómplices), pues también estos últimos toman parte en la decisión de obrar en conjunto y persiguen, lo mismo que los autores, el designio común": Cury (2004), p. 612. Por su parte, la Corte Suprema ha sostenido que el criterio de delimitación entre la coautoría y la complicidad no pueda ser el mero concierto previo: "...el concertado, por el solo hecho de haberse concertado, no cometerá un ilícito en calidad de autor, sino que deberá actuar de una de dos formas: o facilitando medios de carácter irreemplazable o presenciando el hecho sin tomar parte inmediata en él, pero pudiendo tomar parte hasta el punto de impedirlo". Corte Suprema (1999), rol 2007-1999.

[15] Roxin (2000), p. 309.

[16] Bolea Bardon (2004), p. 32.

[17] Si bien alguna doctrina acude al principio de división del trabajo para explicar la coautoría, cabe advertir, que los actos de coautoría deben mantenerse siempre dentro del marco formal que impone el tipo, pues al coautor se le imputa la realización típica y no puede ampliarse la coautoría por encima de los limites formales que impone el tipo sin vulnerar el principio de legalidad: Bolea Bardon (2004), p. 32.

Actualidad Juridica 36.indd 485 01-09-17 11:59

si bien puede ser útil para graficar un actuar conjunto, no consigue explicar por qué una determinada contribución es de coautoría y no de cooperación, toda vez que, en el ámbito de la división del trabajo también se pueden encomendar tareas secundarias o marginales a quien interviene en fase ejecutiva, por lo que, como sostiene Díaz y García Conlledo, el acuerdo o plan común y la división del trabajo o la acumulación de esfuerzos, si bien son los datos que permiten hablar de una acción conjunta superior a cada una de las acciones parciales que la componen, ello no es suficiente para hablar de coautoría, pues también explica acciones conjuntas de coparticipación[18]. El criterio de división del trabajo puede ser válido para la coautoría en la medida que además se exija una contribución esencial en fase ejecutiva, ya que toda comisión de un delito entre varios presenta como característica una distribución del trabajo[19].

De esta forma, y ante la insuficiencia de los criterios utilizados por la Corte –intención común; división del trabajo– para estimar coautor a I. M., se hace necesaria una breve revisión de los presupuestos de la coautoría.

Como punto de partida cabe señalar que en la coautoría no se está frente a una responsabilidad por conductas ajenas[20], ya que no se trata de imputar lo que otras personas realizan como si se hubiese realizado personalmente, sino que se está frente a la imputación del hecho global a cada uno de los miembros del colectivo en el marco de lo que ha sido aceptado por cada uno de ellos[21]. La imputación global del hecho requiere que la intervención del sujeto sea de tales características que desde un punto de vista normativo permita atribuírselo por completo como suyo, independientemente que fácticamente solo haya llevado a cabo una parte del mismo y ello ocurrirá cuando se está ante la realización conjunta y mutuamente aceptada de un hecho típico que se materializa a través de contribuciones esenciales necesariamente aportadas en fase ejecutiva[22].

---

[18] Díaz y García (1991); Díaz y García (1997), p. 295 y ss.

[19] Bolea Bardon (2004), p. 33.

[20] Mañalich (2005), p. 468.

[21] Según Bolea, cada coautor realiza su propia conducta delictiva a pesar de no ejecutar de propia mano todos los elementos descritos en el tipo. En efecto al coautor se le imputa la realización típica y no una conducta ajena... el fundamento de la responsabilidad se halla siempre en la propia conducta. Y ello, independientemente de que en determinados ámbitos, como el de la punibilidad, se distinga entre responsabilidad autónoma (autoría) y responsabilidad dependiente (participación). Por tanto, ni el coautor ni el cooperador responden por conductas ajenas. Sin embargo, a diferencia del coautor, al cooperador no se le imputa el hecho global, sino tan solo su contribución al mismo con conocimiento de que con su aportación está favoreciendo el hecho principal: Bolea Bardon (2004), pp. 35-36.

[22] No hay que olvidar que cada coautor responde penalmente por el hecho completo realizado y no solo de la parte por él realizada. La sanción es idéntica para todos, aunque las ejecuciones hayan sido parciales. De ahí la necesidad de que los presupuestos de la coautoría sean establecidos e interpretados restrictivamente: Bolea Bardon (2004), p. 37. Por su parte,

Actualidad Juridica 36.indd 486 01-09-17 11:59

Si bien hay quienes admiten la posibilidad de configurar coautoría por contribuciones prestadas en fase anterior a la ejecutiva[23], reconocen, eso sí, que el no ejecutor participa, en menor medida, que el ejecutor en el dominio material, por lo que exigen, en todo caso, para considerar, a efectos de coautoría esa contribución previa, que este *minus* se vea compensado por un *plus* en el dominio de configuración del hecho que se ejerce en fase de preparación[24]. No obstante que podría pretender sostenerse que la Corte, al hacer alusión a actuaciones de los acusados previas a la ejecución del hecho (llegar al lugar con los instrumentos del delito, permanecer juntos), está, de alguna manera –no reconocida expresamente por cierto–, adscribiendo a esta posición doctrinal, ello debe ser descartado, por cuanto no se establece de forma alguna de que manera la indiscutida menor intervención de I.M. en fase ejecutiva, resulta compensada por un mayor dominio en la configuración del hecho en la fase preparatoria.

Respecto de la exigencia de mutua aceptación del hecho típico, a la que la sentencia comentada pareciera pretender aludir al hablar de intención común, puede ser expresa o tácita, pero si es tacita, deberá ponerse de manifiesto mediante actos concluyentes[25]. De esta forma, la sola existencia de un plan elaborado en forma previa, no resulta por sí mismo suficiente para convertir a un sujeto automáticamente en coautor, sino que solo constituye un indicio orientador de la importancia de su contribución, ya que lo decisivo es contribuir a la realización del hecho aceptando lo efectivamente ejecutado por los demás. La aceptación o asunción voluntaria de lo realizado por los demás como parte de una unidad, en contra de lo que postula la sentencia, no se deriva de la intención común previamente manifestada ya que dicho acuerdo previo no es ni necesario ni suficiente para la coautoría[26].

Pérez Alonso, indica: "cualquier contribución prestado en fase preparatoria, por muy importante que sea, no permite el acceso al dominio funcional del hecho punible, debiendo considerarse como participación en un hecho ajeno". Pérez Alonso (1998), p. 240. En el mismo sentido Roxin: "tampoco cabe decir que alguien que sólo ha cooperado preparando pueda realmente 'dominar' el curso del suceso. Si el otro obra libre y autónomamente en la ejecución, él queda dependiendo de la iniciativa, las decisiones y la configuración del hecho del ejecutor directo": Roxin (2000), p. 325.

[23] Jakobs también es crítico en cuanto a limitar la intervención del autor solo en fase ejecutiva. Para él, si coautores son quienes con su intervención determinan en gran medida la configuración del hecho común, lo que depende del peso o cantidad de la intervención, ello no implica que tal contribución ha de realizarse solo en fase ejecutiva. Frecuentemente sucederá que las contribuciones ubicadas en un estadio muy inicial de la fase previa, a causa de la vaguedad de los contornos del suceso que suele existir aun en esa fase pesen menos que aquellas hechas en la ejecución. Pero esto no necesariamente tiene por qué ser así: Jakobs (1997), p. 750 y ss.

[24] Jakobs (1997), p. 750.

[25] Bolea Bardon (2004), p. 39.

[26] La existencia de un plan sirve de orientación a la hora de decidir la mayor o menor importancia de cada contribución al hecho. Igualmente puede suceder que un sujeto se incor-

Actualidad Juridica 36.indd 487 01-09-17 11:59

La Corte no fundamenta ni siquiera mínimamente, si de parte de I.M. hubo en primer término, una contribución esencial a la ejecución de un robo con homicidio, ni si existió de su parte esta asunción voluntaria de lo obrado por su coimputado, ni menos aún en virtud de que actos concluyentes podía inferirse dicha aceptación. Cuestionamiento atendible por cuanto pareciera, por una parte, que su contribución –golpear la puerta para que la víctima la abriera–, más bien estaba en conexión o era funcional a un tipo penal diferente del que se estableció en el caso concreto y, por otra, persiste la duda en torno a la asunción o mutua aceptación el hecho típico, toda vez que como manifestábamos, la muerte del cajero aparece más como un elemento obstaculizador del objetivo común inicial, que como un elemento necesario y facilitador del mismo, por lo que el dar por establecida una realización conjunta y mutuamente aceptada de un robo con homicidio, ameritaba un contenido de argumentación sustancialmente mayor y mejor que el efectuado por la Corte.

Por otra parte, señalábamos que la coautoría requiere que el coautor preste su contribución en la fase ejecutiva, ya que únicamente el que actúa en la fase de ejecución del delito puede determinar el sí y el cómo de la realización típica. Los coautores se necesitan mutuamente para determinar el sí del hecho y solo en fase ejecutiva es posible constatar la dependencia recíproca de aportaciones propias de la coautoría y la mutua aceptación de tales contribuciones. Así las cosas, lo esencial de la coautoría reside en la interdependencia funcional de todas las contribuciones, porque la realización del hecho, solo puede alcanzarse mediante la actuación conjunta de todos, cada uno necesita de los demás en la misma medida que estos dependen de aquel[27]. Para afirmar el dominio de los coautores, no es suficiente un dominio negativo, entendido como poder de interrumpir el suceso[28], sino que es necesario dominar positivamente el hecho.

Junto con una contribución en fase ejecutiva, se requiere, además, que dicha contribución posea un carácter esencial. La esencialidad del acto en palabras de Roxin, no tiene por si solo ningún contenido aprehensible. Únicamente tiene el sentido de facilitar al juez, con la ayuda de la idea material rectora de la dependencia condicionada funcionalmente, una solución que

pore a la ejecución del hecho sin haber tomado parte en la planificación del mismo (coautoría sucesiva o adhesiva) siempre que cuente con la aprobación de los demás y siempre que su adhesión sea comunicada y aceptada por los otros. El mero conocimiento de que se está ejecutando un hecho entre varios no es suficiente para calificar como coautor al que se adhiere con posterioridad al inicio de la ejecución, el sujeto deberá asumir el hecho como propio, pues conocerlo también puede conocerlo el participe: Bolea Bardon (2004), p. 41.

[27] Pérez Alonso (1998), p. 248. Sobre el principio de interdependencia funcional véase Roxin (2000), p. 309 y ss.

[28] Este dominio negativo o poder de interrumpir la acción también lo posen los inductores, los cómplices e, incluso, terceros extraños.

Actualidad Juridica 36.indd 488 01-09-17 11:59

haga justicia a las particularidades del caso individual[29]. El dominio funcional o dependencia condicionada funcionalmente, implica en la coautoría que el hecho típico está en manos de:

> "todo aquel que en la fase de ejecución le corresponde llevar a cabo, de acuerdo con el plan delictivo conjunto, una contribución independiente y esencial para la realización del tipo penal, cuya no prestación conduce al desbaratamiento del plan global"[30].

No cabe duda, que realización en fase ejecutiva de actos típicamente ejecutivos –clavar el puñal, acceder carnalmente–, van a constituir actos de coautoría si concurren los demás presupuestos de esta forma de intervención delictiva. La duda se plantea, como sucede con el caso que comentamos, respecto de aquellos actos que realizados durante la fase ejecutiva y sin ser típicamente ejecutivos, presentan alguna vinculación con aquellos, como por ejemplo los actos de vigilancia, el distraer a la víctima para facilitar la apropiación. Respecto de estos actos ejecutivos no típicos, dichas acciones podrán ser consideradas como llevadas a cabo por un coautor, siempre y cuando reflejen una conexión directa entre la acción de que se trate y la acción típica en sentido estricto[31], toda vez que sólo en virtud de esa conexión directa se genera una dependencia recíproca, en términos que el plan sólo se podrá realizar actuando conjuntamente, pero cada uno puede desbaratar el plan global retirando su contribución al hecho[32].

Lo anterior implica que no cualquier contribución a la realización del tipo consistente en actos ejecutivos no típicos puede justificar una imputación a título de coautoría, sino solo aquellas que objetiva y subjetivamente tengan un carácter esencial y denoten una conexión directa con dicha realización. Si la contribución no puede ser interpretada de modo tal que exceda la condición de una mera adhesión a una organización del hecho de que aparece como ajena, entonces esa contribución solo puede ameritar una imputación (secundaria) a título de participación, o sea, a título de complicidad[33].

Si bien el comportamiento desplegado por I.M. –golpear la puerta–, se ejecutó mientras su coimputado desarrollaba los actos ejecutivos de apro-

[29] Roxin (2000), p. 314. Por su parte, Bolea advierte que el carácter abierto del dominio funcional puede conllevar a una sobre extensión del concepto de coautor en desmedro de la cooperación necesaria: Bolea Bardon (2004), p. 51.

[30] Pérez Alonso (1998), p. 241.

[31] Los actos que no consistan en acciones típicamente ejecutivas deberán suponer aportaciones directas a dichos actos para ser considerados de coautoría. Se trata de actos que contribuyen directamente a la realización de alguna acción típicamente ejecutiva y, que al ser prestados en fase ejecutiva, manifiestan la dependencia recíproca propia de la coautoría Bolea Bardon (2004), p. 54.

[32] Roxin (2000), p. 309 y ss.

[33] Mañalich (2005), p. 477.

Actualidad Juridica 36.indd 489 01-09-17 11:59

piación violenta, la Corte no explica la existencia de una dependencia funcional entre la actuación de I.M. y la su coimputado. Dicho de otro modo, no explica por qué el hecho de golpear la puerta le otorgaba a I.M. no solo un dominio negativo –capacidad de interrumpir el hecho–, sino que, además, un dominio positivo –capacidad de determinar el sí del suceso–, cuestión que resultaba determinante a la hora de calificar la participación de I.M., por cuanto sabido es que el cooperador depende totalmente del autor, en cambio, el autor solo depende del cooperador en un sentido negativo, ya que depende en cuanto que para poder actuar precisa de la actuación del cooperador, pero supuesta esta, el hecho queda totalmente en su manos[34]. De los hechos probados aparece que el coimputado, supuesta o no la contribución de I.M. dependía exclusivamente de sí mismo el decidir el sí o no, de la ejecución de un robo calificado.

Tampoco se estaba ante una contribución esencial, se trataba evidentemente de un acto ejecutivo no típico, el que, además, no puede estimarse directamente vinculado al acto típicamente ejecutivo de homicidio (distinto hubiese sido si su contribución en fase ejecutiva hubiese sido proporcionar el combustible o la manguera con que se rocío a la víctima). De los propios hechos probados se desprende que el acto de golpear la puerta se encontraba vinculado o en conexión directa con el propósito común inicial de que la víctima permitiera el acceso a la caseta de pago para alcanzar directamente la sustracción del dinero que se encontraba en su interior, lo que no generaba una dependencia recíproca o un dominio positivo para I.M. respecto del atentado a la vida del cajero y, por ende, no se trataba de una contribución esencial el hecho típico por el cual en definitiva se le condenó.

En suma, no puede aprobarse lo resuelto por la Corte, no tanto por la decisión a la que arriba, sino que principalmente por la argumentación en que la sustenta, la que desconoce las exigencias mínimas que mayoritariamente, tanto en doctrina como en la jurisprudencia, se exigen para calificar un comportamiento como de coautoría, toda vez que por una parte, se estaba ante actos que en caso alguno podían estimarse como típicamente de ejecución, sino que ante actos realizados en fase ejecutiva, pero no típicos y que, por ende, no daban cuenta de manera inequívoca de una vinculación y contribución esencial al concreto hecho típico que, en definitiva, se dio por acreditado y, por otra parte, existían más que dudas en cuanto a que el propósito de dar muerte al cajero obedeciese a un actuar conjunto mutuamente aceptado.

[34] Díaz y García (1991), p. 670. Para Pérez Alonso: "todo dominio positivo conlleva implícito un dominio negativo sea éste del tipo que sea. Sin embargo, no todo dominio negativo conduce al positivo, como por ejemplo, el poder de interrupción por acción, que pueden tenerlo los inductores, cómplices o terceras personas, alertando a la víctima, llamando a la policía, etc.". Pérez Alonso (1998), p. 254.

Actualidad Juridica 36.indd 490 01-09-17 11:59

Fundar la decisión de coautoría atribuida a I.M. en una indeterminada "intención común", no sólo implica desdibujar inmotivadamente los contornos entre la coautoría y la participación, sino que, y lo que es aún más lamentable, da pie a estimar que existió un inconfesado propósito de sancionar en base no a la conducta concreta desplegada por éste, sino en base a una supuesta vinculación emocional de I.M. con su coimputado, sancionándolo más bien por el comportamiento de otro, más que por el suyo propio, lo cual no resulta tolerable en un sistema de justica propio de un Estado democrático y derecho[35], ya que como decía M.E. Mayer "la persona responde frente al derecho no por lo que quiere, sino por lo que hace y no por lo que otro hace, sino por lo que ella misma hace".

Bibliografía

Bolea Bardon, Carolina (2004): *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial* (Barcelona, Atelier Colección Justicia Penal).

Carnevali, Raúl y Kallman, Eva (2009): "La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil: Especial consideración con la pluralidad de malhechores del art. 456 bis N° 3 del Código Penal", en *Estudios de Derecho Penal Juvenil I* (Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública).

Cury, Enrique (2004): *Derecho Penal Parte General* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

Cury, Enrique y Matus, Jean Pierre (2002): "Comentario a los artículos 14 a 17", en Jean Pierre Matus (coord.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica) Tomo I

Díaz y García Conlledo, Miguel (1991): *La Autoría en Derecho penal* (Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A).

Díaz y García Conlledo, Miguel (1997): "Coautoría" alternativa y "coautoría aditiva, ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de autoría", en Jesús María Silva (editor), *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Roxin* (Barcelona, JM Bosch).

Etcheberry, Alfredo (1988): *Participación criminal* (Santiago, Ediar-ConoSur).

[35] Tal vez pudo haber "presionado" el ánimo de los sentenciadores (tanto de la instancia como del tribunal de alzada), el que se trataba de un caso de alta exposición mediática y en el cual no fue posible juzgar a quien, en la acusación y en los hechos probados, aparecía como el indiscutido autor ejecutor, quien falleció al interior de la cárcel meses antes del juicio oral. Sobre el particular, bien señala Roxin: "tampoco importa nada en estos casos (coautoría) la motivación del interviniente. Por intenso que sea su interés en el suceso y por relevante que sea su influencia psíquica, con tal de que los agentes directos sean libres en sus decisiones, lo que hagan depende exclusivamente de ellos, no pudiendo hablarse de coautoría del no ejecutor". Roxin (2000), p. 311.

Actualidad Juridica 36.indd 491 01-09-17 11:59

García del Blanco, Victoria (2006): *La coautoría en Derecho penal* (Valencia, Tirant Lo Blanch).

Garrido, Mario (1984): *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Gimbernat, Enrique (1966a): *Autor y cómplice en Derecho Penal* (Buenos Aires, Editorial B de f).

Gimbernat, Enrique (1966b): "Critica a la doctrina jurisprudencial del "acuerdo previo", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo xix Fascículo i: pp. 13-38.

Guzmán, José Luis (2007): "Sobre el exceso del coautor en el robo con homicidio" en *Estudios y Defensas Penales* (Santiago, LexisNexis) Capítulo iii.

Hernández, Héctor (2011): "Comentario al artículo 15 del Código Penal", en Héctor Hernández y Jaime Couso (editores), *Código Penal Comentado, Parte General Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot) Tomo i.

Jakobs, Günther (1997): *Derecho Penal Parte* General (Madrid, Marcial Pons).

Jakobs, Günther (2000): "El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", en Manuel Cancio MeliÁ (traductor), *Dogmática y Política Criminal en una teoría funcional del delito* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores) pp. 87-120.

Mañalich, Juan Pablo (2005): "Condiciones Generales de la Punibilidad", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2: pp. 387-482.

Mir, Santiago (2011): *Derecho Penal Parte General* (Décima Edición, Barcelona, Editorial Reppertor).

Pérez Alonso, Esteban (1998): *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal.* (Granada, Editorial Comares).

Redlich, Allison (2012): "La susceptibilidad de los menores a hacer falsas confesiones y falsas declaraciones de culpabilidad", en *Estudios de Derecho Penal Juvenil III* (Santiago, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública).

Roxin, Claus (2000): *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (Madrid, Marcial Pons).

Soto Piñeiro, Miguel (1986): "La noción de autor en el Código Penal Chileno" en *Gaceta Jurídica*, Año xi N° 68: pp. 13-53.

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones Concepción (2017): Rol N° 1005-2016, 9 de enero de 2017.

Corte de Apelaciones de Concepción (2007): Rol N° 440-2007, 24 de septiembre de 2007.

Corte de Apelaciones de Concepción (2009): Rol N° 7-2009, 23 de febrero de 2009.

Corte de Apelaciones de Concepción (2012): Rol N° 32-2012, 21 de enero de 2012.

Actualidad Juridica 36.indd 492 01-09-17 11:59

Corte de Apelaciones de Concepción (2012): Rol N° 568-2012, 30 de noviembre de 2012.

Corte Suprema (1999): Rol N° 3957-1999, 21 de diciembre de 1999.

Corte Suprema (2005): Rol N° 798-2005, 22 de septiembre de 2005.

Corte Suprema (2011): Rol N° 2725-2010, 21 de marzo de 2011.

Corte Suprema (2011): Rol N° 3021-2011, 02 de mayo de 2011.

Corte Suprema (2011): Rol N° 6993-2011, 12 de octubre de 2011.

Corte Suprema (2012): Rol N° 12196-2011, 31 de enero de 2012.

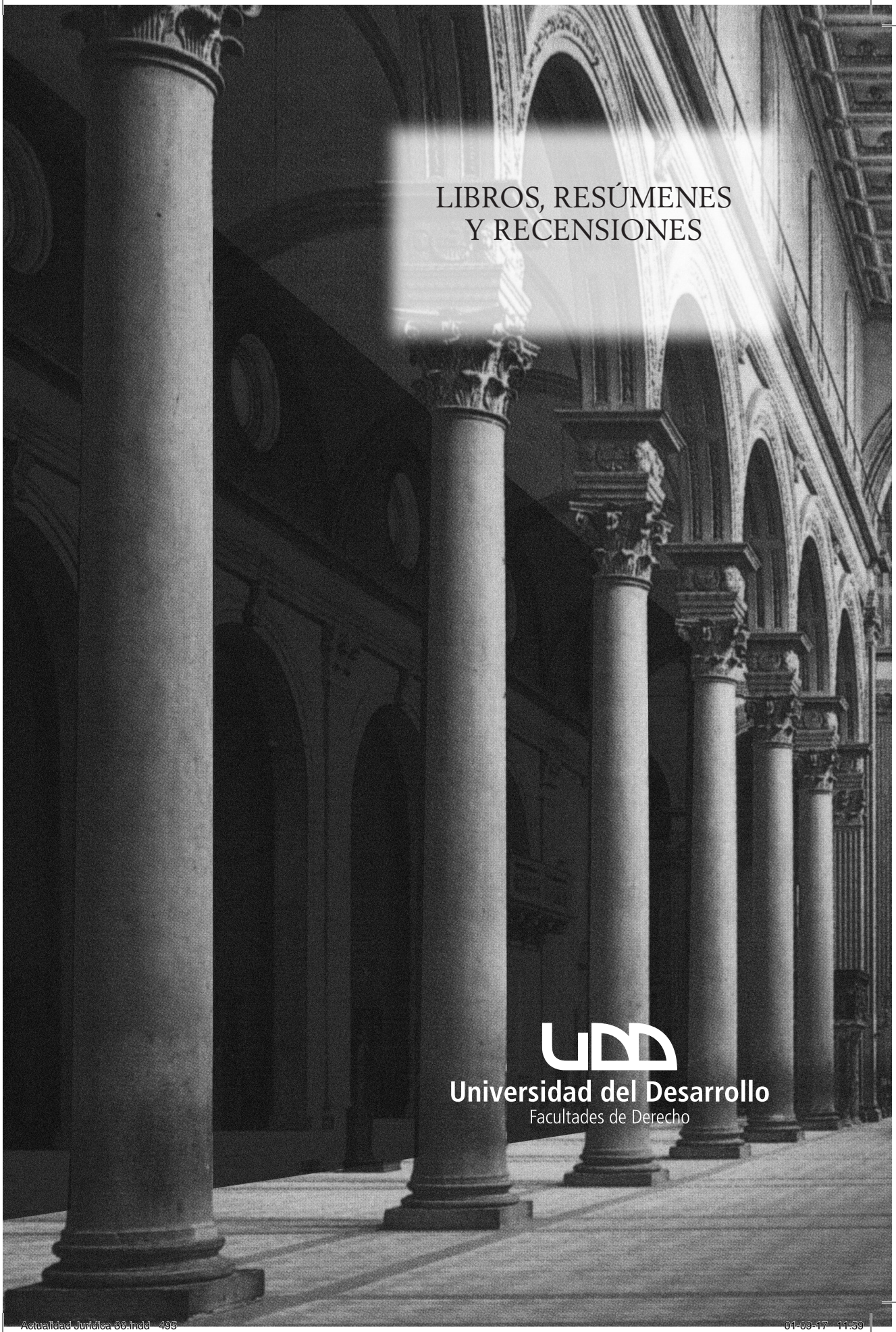
Corte Suprema (2012): Rol N° 2406-2012, 16 de mayo de 2012.

Corte Suprema (2016): Rol N° 38159-2016, 11 de agosto de 2016.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal Concepción (2016): RIT N° 547-2016, 23 de octubre 2016.

Actualidad Juridica 36.indd 493 01-09-17 11:59

LIBROS, RESÚMENES Y RECENSIONES



Universidad del Desarrollo
Facultades de Derecho

Actualidad Jurídica 36.indd 495 01-09-17 11:59

EXTINCIÓN CONVENCIONAL DE LAS OBLIGACIONES, VOL. 1 Y *EXTINCIÓN NO CONVENCIONAL DE LAS OBLIGACIONES*, VOL. 2, DE PABLO RODRÍGUEZ GREZ, SANTIAGO, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, 2006

Hugo Rosende Álvarez

1. Esta obra del profesor Pablo Rodríguez Grez se inscribe en un contexto más amplio que el de su denominación, porque es el fruto de un trabajo prolongado en el tiempo y acucioso en su estudio, que se inicia en el año 1992 con la publicación de la obra titulada *La obligación como deber de conducta típica* (La teoría de la imprevisión en Chile), que continúa en la década de 1990 con dos obras del mismo autor, una sobre "El abuso del derecho y el abuso circunstancial" (1998) y "Responsabilidad extracontractual" (1999), prosigue en su estudio de la "Responsabilidad contractual" (2003), concluyendo este periplo con el trabajo que comentamos sobre la extinción convencional y no convencional de las obligaciones (2006).
2. Tradicionalmente se entendió que la obligación es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona está en la necesidad de dar, hacer o no hacer algo en favor de otro. A su vez, dependiendo de la clase de obligación contraída, se distinguía entre obligaciones de medio y de resultado, división que nace doctrinariamente en Francia con Demogue y que encuentra acogida también en nuestro país. Así, la obligación del comprador de pagar el precio y la del vendedor de hacer la tradición de la cosa vendida, o la del mutuario de pagar el mutuo, se estiman de resultado y la del médico de atender al paciente o del abogado de defender a su cliente en un pleito, se consideran de medios.
3. Para Rodríguez Grez, dicha clasificación de las obligaciones debe ser rechazada porque todas ellas son de medios, e imponen un deber de conducta tipificado en la ley o en la convención de las partes, cuyo objeto es lograr la ejecución de un proyecto denominado prestación. El autor defiende, así, un concepto renovado de lo que constituye la obligación. Sostiene que este vínculo jurídico impone un deber de conducta típica, lo cual importa sostener que toda obligación no es más que un medio para alcanzar el fin previsto y querido por las partes o

Actualidad Juridica 36.indd 497 01-09-17 11:59

establecido en la ley. Quien se obliga –dice– asume el compromiso de desplegar una actividad determinada que está descrita en el contrato o en la norma jurídica y cuyo objetivo es lograr la ejecución de un proyecto que se define y caracteriza como prestación.

A partir de ese concepto, el profesor Rodríguez Grez analiza los modos de extinguir las obligaciones, clasificándolos entre aquellos de carácter convencional y aquellos otros no convencionales. En los primeros, es la voluntad de las partes la que disuelve el vínculo, mientras que en las restantes se trata de hechos calificados por la ley que tienen poder extintivo de la obligación.

4. En lo que se refiere al plan del estudio, cabe señalar que en la primera parte del volumen I, sobre extinción convencional de las obligaciones, se inicia con el concepto de estas y continúa con las obligaciones naturales para culminar con los efectos de los modos de extinguir las obligaciones, su clasificación, el destino de la obligación incumplida, la presunción y prueba del incumplimiento, la situación de la cláusula penal, la subsistencia de los efectos de las obligaciones extinguidas, los modos de extinguir de orden público y la descomposición de las obligaciones.

   En la segunda parte de este volumen, se abordan los modos de extinguir convencionales de las obligaciones, tales como la resciliación o mutuo disenso, el pago, la dación en pago, la novación, la compensación y la remisión.

5. El esfuerzo del profesor Rodríguez Grez al tratar de esta materia se vuelca en el llamado de atención que hace en cuanto a las transformaciones que en el ámbito científico y tecnológico ha experimentado la comunidad, lo que obliga, en su opinión, a replantear los modos de extinguir las obligaciones y develar los principios en que está inspirada para facilitar, de este modo, su aplicación y adaptación a los nuevos requerimientos de la sociedad.

   Por otro lado, destaca la influencia que la ciencia económica ejerce sobre el sistema jurídico. Ella plantea dos cuestiones importantes: por una parte, la necesidad de privilegiar la eficiencia, que es un imperativo de nuestro tiempo y, por la otra, el llamado a encontrar fórmulas nuevas de flexibilización del Derecho para adecuarlo a las nuevas exigencias que nacen del avance vertiginoso de la ciencia y la tecnología.

6. En el segundo volumen, el autor trata de los modos no convencionales de extinción de las obligaciones, que consisten en ciertos *hechos o situaciones* en que la obligación pierde su capacidad de imponer al sujeto el deber de comportarse de una cierta manera en función de los intereses de su contraparte, lo cuales están definidos y reglamentados en la ley. Ninguno de esos hechos o situaciones implica un provecho económico para el acreedor, el cual no obtendrá un beneficio directo

Actualidad Juridica 36.indd 498 01-09-17 11:59

proveniente de la extinción de la obligación, a diferencia de lo que acontece en la mayoría de los modos de extinguir convencionales.

7. La caracterización de los modos no convencionales de extinción de las obligaciones es objeto de la siguiente síntesis por parte del autor:
   a) Se trata de hechos o situaciones que, de acuerdo con lo prevenido en la ley, tienen la virtud de deshacer el vínculo obligacional, liberando a una parte del deber de conducta asumido (obligación) y a la otra privándola de la facultad de exigir dicho comportamiento (derecho subjetivo). Son "hechos" que provocan la extinción de las obligaciones: la muerte, la prescripción, la pérdida de la cosa que se debe o el evento de la condición resolutoria. En cambio, son "situaciones" descritas y calificadas en la norma jurídica con idéntico efecto extintivo: la confusión, la nulidad, la revocación.
   b) Algunos modos de extinguir operan por el solo ministerio de la ley, como acontece con la condición resolutoria ordinaria, en tanto otros operan previa declaración judicial, como sucede con las nulidades virtuales (absoluta y relativa), o la condición resolutoria tácita o la prescripción.
   c) La extinción no convencional, por regla general, hace desaparecer la totalidad de los efectos de la obligación. Solo por excepción y en circunstancias muy calificadas subsisten algunos efectos, como ocurre en ciertos casos de nulidad (art. 1688 del C.C.), o en las llamadas obligaciones naturales (art. 1470 C.C.).
   d) En todos los modos de extinción no convencionales es la ley la que determina la forma en que ellos operan y en que se produce la desvinculación jurídica entre las partes ligadas por la relación obligacional.
   e) Los modos de extinción no convencionales tienen por objeto estabilizar las relaciones jurídicas. La disolución del vínculo está fundada en la necesidad de depurar del mundo del derecho aquellas relaciones que no deben subsistir, sea porque vulneran las normas jurídicas, sea porque no pueden cumplirse, sea porque no se ajustan a lo que las partes proyectaron al momento de perfeccionarse la obligación.
8. En cuanto a la clasificación de los modos de extinguir no convencionales, estos se dividen en:
   a) Modos de extinguir que operan en todas las obligaciones, como ocurre con la nulidad o la confusión, y modos que operan solo respecto de cierto tipo de obligaciones, como sucede con la muerte, la revocación y la pérdida de la cosa que se debe.
   b) Modos de extinguir de orden público, como la nulidad y la prescripción extintiva, y modos de interés particular, como ocurre con la revocación y el evento de la condición resolutoria tácita.

Actualidad Juridica 36.indd 499 01-09-17 11:59

c) Existen modos de extinguir no convencionales que requieren para operar ser declarado judicialmente, como la nulidad o la prescripción extintiva. Otros, por el contrario, operan de pleno derecho como la condición resolutoria ordinaria y la confusión.

d) Hay modos de extinguir no convencionales que ponen fin a todo efecto, haciendo desaparecer cualquier vestigio de la obligación como si ella jamás hubiere existido, como acontece con la pérdida de la cosa que se debe o el evento de la condición resolutoria. En otros modos de extinguir los efectos subsisten, aunque modificados o atenuados, como en algunos casos de nulidad o en la prescripción (art. 1470).

e) Por último, algunos modos de extinguir las obligaciones se fundan en estipulaciones contractuales y nacen formando parte de la misma obligación, lo que se presenta en el evento de la condición resolutoria o la revocación. En otros modos de extinguir es la ley la que los establece con prescindencia de las personas sujetas a un vínculo obligacional, como acontece con la nulidad o la pérdida de la cosa que se debe.

9. La nulidad y la prescripción extintiva son los modos de extinguir obligaciones de mayor trascendencia desde una perspectiva social y jurídica. Los demás están fundados en consideraciones de menor entidad. De aquí que tanto la nulidad como la prescripción sean institutos de orden público y, por lo mismo, no pueden renunciarse anticipadamente.

10. Los valores u objetivos que subyacen tras los modos de extinguir no convencionales son diversos.

a) Hay modos de extinguir que se fundan en la deficiencia de la fuente que da vida a la obligación, como se advierte en la nulidad. Para la doctrina tradicional todas las nulidades son virtuales y, por lo mismo, solo pueden ellas operar en tanto las partes las hagan valer a través del juicio respectivo dentro de los plazos perentorios establecidos por la ley, y el juez así la declare por sentencia firme o ejecutoriada. Sobre este particular el autor disiente de la doctrina clásica y afirma que además de las nulidades virtuales existen las nulidades de pleno derecho o también llamadas nulidades originarias bajo las formas de nulidades radicales y textuales.

b) Otros modos de extinguir no convencionales surgen de hechos sobrevinientes que impiden absolutamente la ejecución de la prestación, sea por causas estipuladas por las partes como en la condición resolutoria ordinaria, o por causas previstas en la ley, como en la pérdida de la cosa que se debe o en la revocación.

c) Constituye un modo de extinguir no convencional el incumplimiento de la obligación imputable al deudor, como sucede en la condición resolutoria tácita. El fundamento de este modo de extinguir las obli-

Actualidad Juridica 36.indd 500 01-09-17 11:59

gaciones es la necesidad de sancionar el incumplimiento culpable del deudor, unido a la voluntad del acreedor de no perseverar en la relación contractual y optar por el cumplimiento por equivalencia.

d) La prescripción extintiva pone acento en el hecho de que no obstante el transcurso del tiempo ni el acreedor ha exigido el cumplimiento ni el deudor ha reconocido la existencia de la obligación pendiente. La inactividad del acreedor y del deudor que se prolonga a través del tiempo debe consolidarse desde una perspectiva jurídica en razón del interés social. Así, entonces, surge la necesidad de reconocer a la prescripción como la institución encargada de transformar las situaciones de hecho que se arrastran por un cierto espacio de tiempo, en situaciones de derecho en provecho de una buena y completa organización social.

e) La confusión implica admitir un efecto práctico, porque jurídicamente no es posible que la obligación subsista cuando una misma persona sea acreedora y deudora de sí misma.

11. La lectura de la obra que reseñamos y la consideración de aquellas que la precedieron, nos invita a emular el modelo que nos entrega el autor con su vida de maestro del Derecho. Se trata de modernizar la enseñanza del Derecho mediante el creacionismo jurídico sobre la base del conocimiento y la interpretación de las normas y reglas profundamente arraigadas en una realidad cada vez más cambiante y dinámica. Asimismo, desafía a los hombres y mujeres que estudian y practican el derecho a no abandonar el arduo camino de la perseverancia en pos del objetivo inclaudicable del trabajo bien hecho, el cual deberá estar siempre impregnado de las virtudes cardinales de prudencia, templanza, fortaleza y justicia para satisfacer las necesidades de paz en las relaciones humanas existentes al interior de la sociedad.

Actualidad Juridica 36.indd 501 01-09-17 11:59

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO UDD
AÑO 5 - N° 10 - ABRIL DE 2017

Revista del Centro de Justicia Constitucional
Año 5 • N° 10 • abril de 2017
ISSN 0719-2959

Presentación

Estudios

Estudios sobre intervención política

Sergio Raúl Castaño: Juicio crítico sobre la "responsability to protect" en el Derecho Internacional Público

María Laura Eberhardt: Participación ciudadana en política pública. La audiencia pública en Argentina. El caso de la "audiencia del gas" (2016)

Estudios sobre constitución económica

María Fernanda Juppet Ewing: Asociaciones gremiales como herramienta de implementación de acuerdos colusorios

Elio Segovia Olave: Acerca de la vigencia del principio de subsidiariedad en la actividad económica del Estado

Estudios sobre control administrativo

Manuel Ángel Muñoz Cid: El control de mérito frente a las auditorías "3E" de la Contraloría General de la República

Alcides Antúnez Sánchez: La inspección ambiental, la evaluación de impacto ambiental, la autorización ambiental y la auditoría ambiental

Comentarios de jurisprudencia

María Victoria Villegas Figueroa: Derechos humanos perdidos y doctrina de jurisdicción universal. Fundamentos e itinerarios de la causa rol 17393-2015 en favor de Leopoldo López y Daniel Ceballos, ante las corte chilenas y el sistema interamericano de DDHH de la OEA

Actualidad Juridica 36.indd 503 01-09-17 11:59

Eduardo Soto Kloss: Arbitrariedad y principio de juridicidad en el siglo xix. Caso Vicario Apostólico de Antofagasta (1905)

Rodrigo Céspedes Proto: Administración, heterotutela y cosa juzgada en el siglo xix

Andrés Erbetta: Propósito práctico y buena fe integradora en contratos consensuales de confección de obra material

Gonzalo Carrasco Astudillo: La responsabilidad del Estado en el caso Antuco. Faltas no desprovistas de todo nexo con el servicio

Recensiones

Alberto F. Garay: *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la nación*, de Santiago Legarre

Eduardo Andrades Rivas: El nacionalismo bajo Pinochet, 1973-1993 de José Díaz Nieva

Siglas y Abreviaturas

Instrucciones para los autores

Actualidad Juridica 36.indd 504 01-09-17 11:59

ÍNDICE
REVISTA *IUS PUBLICUM* Nº 38/2017
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Estudios

Sergio Raúl Castaño: *Filosofía, sociedad y derecho, un reportaje*

Miguel Ayuso: *La matriz protestante* de *la política y el derecho modernos*

Juan Fernando Segovia:*¿Qué* es *securalización?*

Julio Alvear Téllez: *La libertad de expresión* en *Hispanoamérica: las deformaciones del liberalismo*

Fundación Jaime Guzmán: *El proyecto humano de Jaime Guzmán. Conceptos fundamentales: Persona, sociedad, Estado*

Eduardo Soto Kloss: *La acción declarativa de mera certeza frente* a *la Administración del Estado*

Fernando Orellana Torres: *La suspensión en el proceso civil de ejecución. Una mirada desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de España*

Cristián Letelier Aguiilar: *Las superposiciones mineras y el delito especial del artículo 73 del Código de Minería*

Crónica

Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas:* Aleksandr Solzhenitsyn, Tomás Salas, Juan Meseguer, Luis-Fernando Valdés López. Reflexiones fuertes: Joaquín Fermandois, Álvaro Pezoa B., P. Christian Viña, Rosario Moreno C., Gastón Escudero P.

Documentos

Mensaje del Papa Francisco para la celebración de la 50 Jornada Mundial de la Paz (1 de enero de 2017). Discurso del papa Francisco. Vigilia de oración con los

Actualidad Juridica 36.indd 505 01-09-17 11:59

jóvenes. XXXI Jornada Mundial de la Juventud. Campus Misericordiae, Cracovia (sábado 30 de julio de 2016). "El matrimonio es algo tan lindo, tan hermoso, que tenemos que cuidarlo, porque es para siempre", papa Francisco a jóvenes recién casados. Cracovia (29.7.2016). Discorso del Santo Padre Francesco al Consiglio Nazionale Dell'Ordine Dei Giornalisti. Sala Clementina.Giovedi (22 settembre 2016). Natividad del Señor. Homilía del santo padre Francisco. Santa misa de Nochebuena. Basílica Vaticana (sábado 24 de diciembre de 2016). Mensaje del santo padre Juan Pablo II a la secretaria general de la IV Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Mujer. Vaticano (26 de mayo de 1995). Carta del papa Juan Pablo II a los niños en el año de la familia. Vaticano (13 de diciembre de 1994). - S.S. Paolo VI. Udienza generale (Mercoledi, 14 maggio 1969) A propósito de algunas objeciones contra la doctrina de la Iglesia sobre la recepción de la Comunión eucarística por parte de los fieles divorciados y vueltos a casar. Joseph Card. Ratzinger. Congregación para la Doctrina de la Fe. Carta a los obispos de la Iglesia Católica sobre la recepción de la comunión eucarística por parte de los fieles divorciados que se han vuelto a casar (14.9.1994). Entrega del Premio Carlomagno. Discurso del santo padre Francisco. Sala Regia (viernes 6 de mayo de 2016)

Actualidades

Aborto, una puñalada en el *alma de* Chile

El derrumbe del "otro modelo"

Mordazas a la libertad de expresión

Jurisprudencia

Márquez c/Municipalidad de la Serena. Corte Suprema. 7.1.1903.(*Gaceta de los Tribunales* 1903, tomo I. Sentencia Nº 14, 19-22). Un voto en contra muy especial (Comentario de Eduardo Soto Kloss).

Alta Corte de Casación *y* Justicia/Rumania. 11.06 2008. Emíl Moise c/ Inspección Escolar del Distrito de Buzáu (caso Moise).Decisión N° 2393/2008 (Comentario de Rodrigo Céspedes Proto).

Contra el subdelegado don Medardo Monti, por abusos. Corte de Apelaciones de Concepción. 18.12.1867. Tribunal de los Anjeles .30.08.1867! (Comentario de Rodrigo Céspedes Proto)

Actualidad Juridica 36.indd 506 01-09-17 11:59

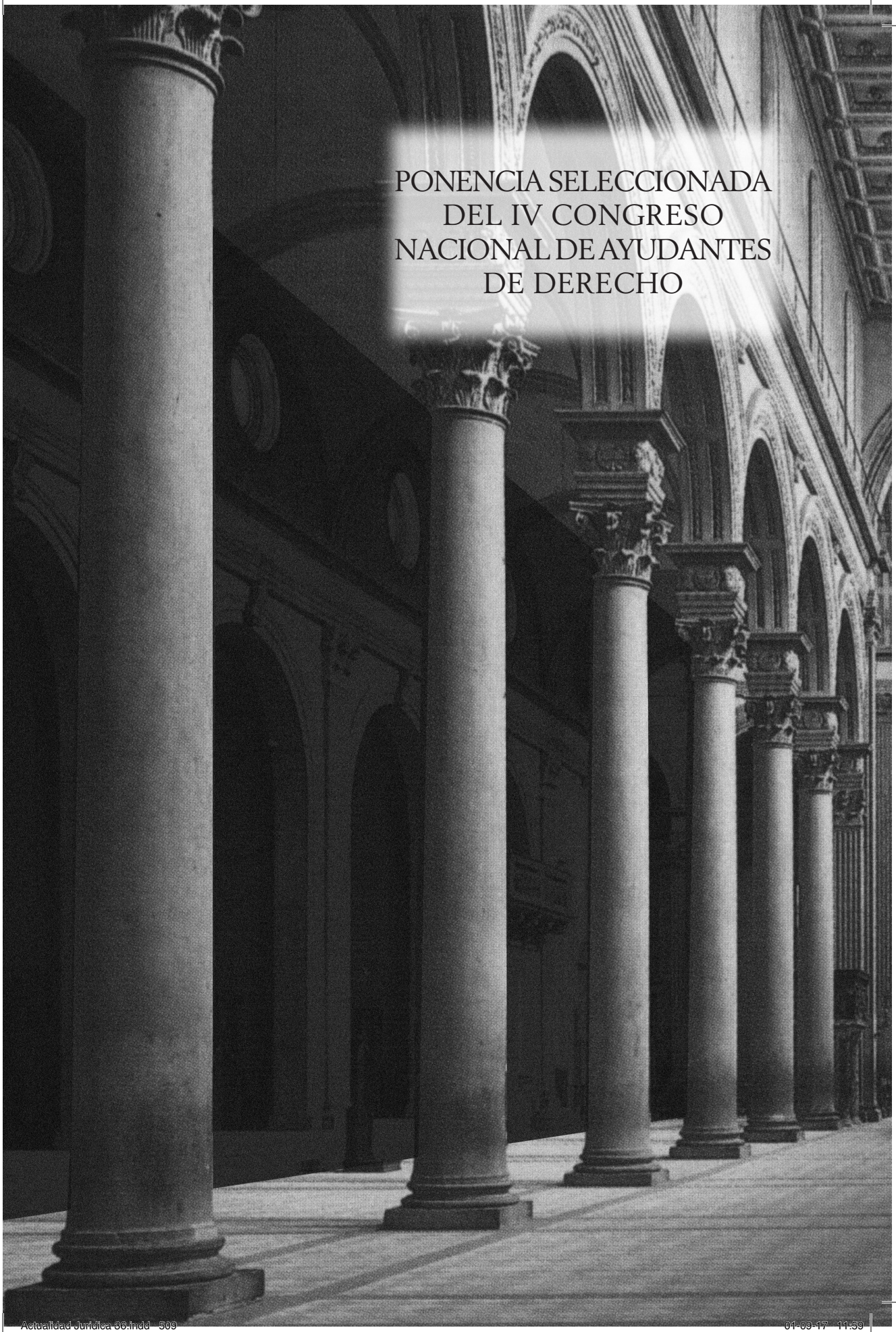
Recensiones y reseñas bibliográficas

Recensiones

Reseña de revistas

Ediciones Ius Publicum

Actualidad Juridica 36.indd 507 01-09-17 11:59



PONENCIA SELECCIONADA DEL IV CONGRESO NACIONAL DE AYUDANTES DE DERECHO

Actualidad Jurídica 36.indd 509 01-09-17 11:59

FUERZA VINCULANTE DE LAS CARTAS DE INTENCIÓN Y MEMORANDOS DE ENTENDIMIENTO Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE SU INCUMPLIMIENTO

BINDING FORCE OF LETTERS OF INTENT AND MEMORANDUM OF UNDERSTANDING AND THE LEGAL EFFECTS OF THEIR BREACH

Jaime Elgueta Corvillón[*]

Resumen: El presente ensayo tiene como objetivo analizar si las cartas de intención y memorandos de entendimiento engendran o no obligaciones para las partes que los suscriben. Ello, en el entendido de que se trata de convenciones celebradas con miras a la suscripción de un contrato futuro y que, en muchas ocasiones, las partes han declarado expresamente como no vinculantes. Para lo anterior se analizará la naturaleza jurídica y finalidad de estos instrumentos, las ventajas y desventajas que puede acarrear su suscripción, su regulación normativa, para finalizar analizando su obligatoriedad.

Palabras Clave: Cartas de intención – Memorandos de entendimiento – Fuerza vinculante – Negociación moderna.

* * *

I. Introducción

Hoy, la complejidad y sofisticación de ciertas transacciones comerciales –en especial entre grandes empresas o conglomerados– han cambiado la forma tradicional de hacer negocios. Ya no basta, como antaño, con la ronda de oferta y contraofertas (reguladas en la legislación común) para dar vida a un contrato o transacción. Los negocios son más complejos: requieren la contratación de asesores, abogados, contadores, gastos notariales, viajes, intercambio de

[*] Ayudante de la Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo.

Actualidad Juridica 36.indd 511 01-09-17 11:59

información y borradores entre las partes, negociación con bancos e instituciones financieras, etc. Lo anterior ha derivado, como es de suponer, en que la forma y actitud que adoptan las partes para afrontar (y resguardarse) en dichos procesos también haya cambiado.

Manifestación de la tendencia que venimos describiendo es la aparición, en la práctica comercial y jurídica, de instrumentos que permiten a las partes negociantes regular el proceso mismo de negociación y, en ciertos aspectos, el contenido del contrato a celebrarse. Este es el caso de las cartas de intención (*letters of intent*), memorandos de entendimiento (*memorandum of understanding*), pactos de exclusividad, cláusulas de confidencialidad, acuerdos de *due diligence*, cláusulas de "declaraciones y garantías", entre otros.

Si bien todos estos instrumentos difieren en cuanto a su objeto, finalidad, formalidad y efectos, lo cierto es que de alguna manera u otra buscan resguardar la posición de los sujetos de la transacción, declarar ciertas calidades de los objetos o personas involucradas en ella[1], definir aspectos básicos del proceso de negociación (*v.gr.*: deber de actuar de buena fe)[2], y fijar algunos elementos esenciales del contrato futuro (*v.gr.*: precio a pagarse).

Además, todos ellos se caracterizan por ser instrumentos suscritos *antes* del contrato prometido o futuro.

Siendo estos instrumentos verdaderas convenciones (pues suponen el concurso de voluntades de las partes intervinientes) surge la pregunta acerca de qué tipo de obligaciones generan (si es que generan alguna), y cuál es el efecto de su infracción. Dicho en otros términos, cabe preguntarse si estas convenciones *obligan* o no a las partes (en aplicación del principio *pacta sunt servanda*). La pregunta anterior se complejiza aun más cuando se considera que, en muchos casos, son estos mismos instrumentos los que establecen su carácter no vinculante (*non-binding*).

El presente ensayo busca, por tanto, entregar algunas pautas o directrices que puedan contribuir a responder la pregunta anterior. Para ello, el ensayo se dividirá en los siguientes apartados:

i) naturaleza jurídica y finalidad de estos instrumentos;
ii) ventajas y desventajas de suscribirlos;
iii) regulación normativa;
iv) diferencias con otras figuras afines y
v) fuerza vinculante y efectos derivados de su incumplimiento.

Para lo anterior, recurriremos a la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional, y a la experiencia y doctrina comparada. Advertimos, eso sí, que el tema en cuestión ha sido escasamente desarrollado en nuestro medio –sin que existan muchos estudios al respecto– por lo que la mayoría de nuestros comentarios se extraen de la experiencia comparada.

[1] Barros y Rojas (2010), p. 512.
[2] Parra (2013), p. 7.

Actualidad Juridica 36.indd 512 01-09-17 11:59

Dada la amplitud del tema en cuestión, nuestro estudio se concentrará exclusivamente en las cartas de intención (LOI por sus siglas en inglés) y memorandos de entendimiento (MOU por sus siglas en inglés) –por ser las figuras que mayor estudio han recibido– sin perjuicio de lo cual podamos hacer referencia a otras figuras afines.

II. Naturaleza jurídica y finalidad de las cartas de intención y memorandos de entendimiento

Las LOI y MOU

> "son documentos escritos que definen la intención de las partes de negociar unas pautas generales para la transacción eventual y fijar unos puntos clave de una transacción más compleja que se consolidará en un eventual contrato"[3].

Para otros,

> "la meta básica de cualquier LOI es fijar los términos primarios de una transacción futura de modo que las partes puedan entenderse mutuamente de forma más clara, y evitarse la posibilidad de sorpresas desagradables en el camino"[4].

El *Black's Law Dictionary*, por su parte, señala que las LOI son una: "declaración escrita que esboza los acuerdos preliminares de las partes que planean celebrar un contrato u otro tipo de acuerdo"[5].

Como se puede observar, de las definiciones transcritas se desprenden algunos elementos comunes de las LOI y MOU. Advertimos, eso sí, que las múltiples formas que adoptan estas figuras en la práctica forense, tanto nacional como extranjera, han llevado a concluir que "la naturaleza jurídica de las cartas de intención permanece ambigua"[6].

A mayor abundamiento, la diferencia misma entre las LOI y MOU ha sido cuestionada por la doctrina[7].

Dentro de las características comunes que encontramos entre ambas figuras están:

1. En primer lugar, se trata de documentos escritos y suscritos por todas las partes de la transacción. Las partes pueden ser dos o más.
2. En segundo lugar, ambas son suscritas antes del contrato definitivo.

[3] Parra (2013), p. 6.
[4] Martin (2000), p. 3. Traducción propia.
[5] Garner (2004), p. 924. Traducción propia.
[6] Parra (2013), p. 7.
[7] *Op. cit.*, p. 9.

Actualidad Juridica 36.indd 513 01-09-17 11:59

3. En tercer lugar, estos instrumentos buscan fijar de antemano ciertas pautas o acuerdos básicos entre las partes en relación con el proceso de negociación o al contrato futuro. En este sentido podemos distinguir:
   a. Acuerdos relativos al proceso mismo de negociación: Aquí encontramos pactos de exclusividad, confidencialidad, cronogramas de la negociación, entrega y estudio preliminar de documentos, desarrollo de *due diligence*, consagración del deber de actuar de buena fe, distribución de honorarios y gastos, entre otros.
   b. Acuerdos relativos al contrato o acuerdo a suscribirse en el futuro: Si bien en esta materia las posibilidades son múltiples, de las LOI que hemos podido revisar para la elaboración de este ensayo encontramos que, en cuanto al contrato futuro, estas pueden incluir cláusulas relativas a la forma de determinar el precio o valor de la transacción, condiciones suspensivas, declaraciones y garantías entre las partes, y disposiciones sobre eventuales indemnizaciones en caso que se frustre la celebración del contrato.
4. Finalmente, las LOI y MOU contienen disposiciones sobre su obligatoriedad (*binding*) o no-obligatoriedad (*non-binding*). Aquí, nuevamente, la práctica forense parece abrir un abanico de posibilidades. En efecto, existen casos en que estos instrumentos han sido expresamente declarados como vinculantes por las partes, en otros se ha establecido su no-obligatoriedad y, por último, existen LOI y MOU que contienen algunas cláusulas vinculantes y otras que no lo son.

Por su importancia, este último punto será analizado en detalle más adelante.

III. Ventajas y desventajas de suscribir cartas de intención y memorandos de entendimiento

Dentro de las ventajas de suscribir este tipo de instrumentos se han destacado: la posibilidad de ordenar el cronograma o *iter* de la negociación (evitando que las partes vuelvan a discutir puntos ya acordados), la oportunidad de fijar algunos elementos esenciales del contrato o acuerdo futuro, y servir de incentivo para negociar de buena fe y llevar la transacción a buen puerto.

Sin embargo, también se ha advertido sobre las desventajas de celebrar este tipo de actos jurídicos. Quizá la más relevante de ellas es que, si la LOI o MOU no está bien redactada, o lo está en términos imprecisos, una de las partes de la transacción puede quedar inadvertidamente vinculada u obligada en términos que no le favorecen.

Otro riesgo no menor de estos instrumentos es que aún no existe claridad acerca de si ellos son vinculantes o no, incluso en los casos en que se acuerda expresamente su no-obligatoriedad.

Actualidad Juridica 36.indd 514 01-09-17 11:59

A continuación pasaremos revista sobre las ventajas y desventajas aludidas. Dado que el desarrollo de estos instrumentos es aún incipiente en nuestro país, las nociones que a continuación exponemos han sido tomadas de la experiencia comparada. En concreto, nos referimos a la experiencia colombiana (cuya tradición jurídica, siendo similar a la nuestra, puede enriquecer la discusión nacional), y la estadounidense (profusa y experimentada en estas materias).

1. Las ventajas

a. En primer lugar, las LOI y MOU sirven para fijar los términos básicos para iniciar o continuar una negociación compleja[8]. Aquí se incluyen acuerdos de confidencialidad, exclusividad, condiciones de un *due diligence*, parámetros para evaluar la compañía o negocio objeto de la transacción, entre otros. Incluso, hay quienes señalan que estos instrumentos pueden servir para "tantear una futura transacción a partir de unas negociaciones que no necesariamente son vinculantes"[9].
b. En segundo término, la práctica demuestra que las instituciones financieras y bancarias se ven más dispuestas a financiar una transacción si está respaldada por una LOI o MOU[10].
c. Luego, para el caso de transacciones complejas que pueden involucrar grandes cantidades de dinero y muchas partes, las LOI y MOU permiten que dichas transacciones resulten menos complejas e intimidantes, ordenando las distintas etapas de la negociación[11].
d. Además, las LOI o MOU suelen contener fórmulas para determinar el precio del objeto negociado[12].
e. Finalmente, las LOI y MOU sirven como bosquejo o parámetro para redactar el contrato definitivo[13].

Desde el punto de vista económico, todas las consideraciones anteriores pueden servir como verdaderos incentivos para no abandonar las negociaciones y llevarlas a término.

2. Las desventajas

a. Una primera (y eventual) desventaja de las LOI y MOU es que pueden obligar "accidentalmente" a una de las partes en términos desventa-

[8] Martin (2000), p. 4.
[9] Parra (2013), p. 12.
[10] *Ibid*.
[11] Martin (2000), p. 4.
[12] Parra (2013), p. 12.
[13] *Ibid*.

Actualidad Juridica 36.indd 515 01-09-17 11:59

josos en las etapas iniciales de la negociación[14]. En otras palabras, la redacción descuidada de estos instrumentos puede acarrear responsabilidades indeseadas para los negociantes, incluso antes de que se firme el contrato definitivo.

b. En segundo lugar, la experiencia estadounidense demuestra que un tribunal puede interpretar como "vinculante" cláusulas que han sido expresamente declaradas como "no-vinculantes" por las partes[15].
c. En línea con lo anterior, actualmente no basta con el texto escrito de la LOI o MOU para determinar si es obligatoria o no. Ello, por cuanto los tribunales extranjeros también han considerado el comportamiento o actitud de las partes durante la transacción para concluir su obligatoriedad, lo que, naturalmente, arroja incertidumbre sobre la materia[16].
d. A mayor abundamiento, lo anterior ha devenido en que los abogados (que generalmente redactan estos documentos) presten excesiva importancia a las palabras y términos utilizados, todo ello con el objeto de dejar claramente establecida la intención de las partes. Lo anterior conduce a la elaboración de LOI y MOU más largos y difíciles de entender.
e. Finalmente, la importación –a veces irreflexiva– de instituciones y figuras propias de jurisdicciones extranjeras puede ocasionar serios problemas de adaptación y recepción en nuestro ordenamiento jurídico.

IV. Regulación normativa

Tratándose de instituciones relativamente recientes en nuestra práctica comercial, no existe actualmente disposición legal que las regule de forma específica.

Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que ellas reciben acogida en nuestro ordenamiento jurídico a la luz del principio de autonomía de la voluntad, según el cual "toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes"[17].

Nuestra jurisprudencia ha sido clara en este sentido al señalar:

> "*Octavo:* (...) *resulta pertinente expresar que en el derecho de los contratos en materia civil rige el principio base de la autonomía de la voluntad, según el cual las personas* pueden *concluir* todos los *actos* y convenciones que no estén expresamente prohibidos por las leyes, lo que se traduce en la libertad contractual en virtud de la cual a las partes pueden decidir libremente si

[14] Martin (2000), p. 4.
[15] *Op. cit.*, p. 5.
[16] *Ibid.*
[17] López (2005), p. 241.

Actualidad Juridica 36.indd 516 01-09-17 11:59

contratan o no, qué tipo de contrato celebran, la contraparte con quien se vinculan, el contenido de la convención y las cláusulas que reflejen de mejor forma la voluntad de las mismas. El referido principio de autonomía de la voluntad se expresa en la fuerza obligatoria de los contratos, que se traduce en que los pactos deben honrarse y cumplirse puesto que toda convención legalmente celebrada es una ley para las partes contratantes"[18].

De lo anterior resulta palmario que las LOI y MOU son plenamente lícitas en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, no se trata de convenciones prohibidas por las leyes, sino que son libremente celebradas por las partes negociantes, y su contenido ha sido –también– libremente acordado por los sujetos involucrados.

En relación con lo dicho, hemos encontrado un pronunciamiento de la Corte Suprema que, si bien de forma incipiente, parece admitir la procedencia y licitud de este tipo de pactos:

"*Undécimo: Que a mayor abundamiento, no puede dejar de advertirse en* la actualidad la *existencia* de un *sinnúmero de* operaciones mercantiles que escapan a la teoría clásica de los contratos, que pretenden afianzar o reforzar comercialmente una operación, con la finalidad, entre tantas, de contribuir al mejor posicionamiento de una parte ante la otra, y que de acuerdo a su destino, podrán contener estipulaciones con *carácter vinculantes, dependiendo de la existencia de obligaciones entre sus cláusulas, en cuyo caso, se apartan de las cartas de intención propiamente dichas*[19] *o de declaración de buena voluntad y constituyen ya sea declaraciones unilaterales de voluntad, precontratos o bien contratos definitivos, debiendo ceñirse las obligaciones, en el primer caso, a las disposiciones de quienes las hayan otorgado, con respeto al orden público y a derechos de terceros, según las reglas generales aplicables a los contratos*"[20].

Por tanto, no cabe duda que las LOI y MOU constituyen actos jurídicos plenamente válidos en nuestro sistema legal.

V. Diferencias con otras figuras afines

Habiendo definido y caracterizado las LOI y MOU, conviene ahora explicar sus diferencias con otras figuras con las que podrían fácilmente confundirse.

[18] Corte Suprema (2015): Rol 9997-2015, Sociedad Inversiones PPC S.A. con Importadora y Distribuidora Sensación Limitada.

[19] El sentido que la sentencia da al concepto de "carta de intención" es diverso del que hemos utilizado en este ensayo.

[20] Corte Suprema (2011a): Rol 5484-2009, Banco BICE con Inmobiliaria e Inversiones El Pellín Limitada y otros.

Actualidad Juridica 36.indd 517 01-09-17 11:59

1. Deberes emanados de la buena fe durante las tratativas preliminares

Desde que Ihering desarrolló la teoría de la culpa *in contrahendo*, los ordenamientos jurídicos (ya sea a través de la doctrina, la jurisprudencia, o la legislación) han ido asimilando la idea de que durante la etapa previa a la celebración de un contrato nacen ciertos deberes y obligaciones para las partes negociantes, cuya infracción puede acarrear responsabilidad[21].

Nuestro país no ha escapado a esta tendencia, y hoy se acepta de forma prácticamente unánime que durante la fase previa a la celebración de un contrato en –particular en los casos de ruptura unilateral e injustificada de las negociaciones– se gatilla responsabilidad para la parte infractora[22].

Así también lo ha entendido la jurisprudencia[23].

Con respecto al fundamento jurídico de esta responsabilidad hay quienes lo encuentran en las normas de la responsabilidad extracontractual (artículo 2314 del *Código Civil*)[24], mientras que otros lo derivan del principio general de la buena fe (artículo 1546 del *Código Civil*)[25].

Debemos aclarar, eso sí, y con el objeto de armonizar lo dicho con el principio de libertad contractual (o libertad de conclusión), en virtud del cual "las partes son libres para contratar o para no contratar"[26], que:

> "el ilícito precontractual no consiste en haberse resistido a celebrar el contrato, sino haber negociado de mala fe o con grave desaprensión respecto de los intereses de la otra parte, sea con ocasión de la ruptura de negociaciones o de la celebración del contrato"[27].

Dentro de los deberes precontractuales que se derivan de la buena fe la doctrina menciona los siguientes: deber de protección y seguridad de la integridad y propiedad de la contraparte, deberes de lealtad, deberes de información, deberes para evitar la ineficacia del acto por nulidad u otra causa, deber de negociar de buena fe, deber de secreto o confidencialidad, entre otros[28].

A los anteriores debemos agregar los deberes impuestos por la propia ley durante la etapa previa a la contratación, en particular respecto de los deberes de información, a los que la doctrina ha denominado "deberes pre-

---

[21] Barrientos (2010), p. 8 y ss.

[22] Celis (2004), p. 13 y ss.; Ramos (2008), p. 6 y ss.; Rodríguez (2011), p. 196 y ss.; Barros (2010), p. 1000 y ss.; y Rosende (1979), p. 78 y ss.

[23] Corte Suprema (2011b): Rol N° 1872-2010, David Jiménez Mira con Antonio Armijo Cerda y Corte Suprema (2012): Rol N° 218-2011, Cristián Urrea Fuentes con CorpBanca.

[24] Barrientos (2010), p. 10.

[25] Ramos (2008), p. 11 y Rosende (1979), p. 69.

[26] López (2005), p. 269.

[27] Barros (2010), p. 1007.

[28] Barrientos (2010), p. 20 y ss. y Barros (2010), p. 1001.

Actualidad Juridica 36.indd 518 01-09-17 11:59

contractuales de información típicos"[29]. Quizá el caso más emblemático se da en las relaciones de consumo reguladas por la ley Nº 19.496[30].

Las similitudes entre los deberes emanados de la buena fe durante la etapa de negociación y las obligaciones emanadas de las LOI y MOU saltan a la vista. En efecto, en virtud de ambos se suelen imponer deberes correlativos a las partes, como lo son los deberes de información, confidencialidad, actuar de buena fe, entre otros. Además, en ambos casos nos situamos en la fase previa a la celebración del contrato definitivo.

Sin perjuicio de lo anterior, ambas figuras no pueden confundirse. Quizá la diferencia más importante es que las LOI y MOU suponen una convención o acuerdo entre las partes, mientras que los deberes precontractuales operan precisamente en ausencia de convención.

Otra diferencia es que, como veremos, las LOI y MOU no son siempre vinculantes, mientras que los deberes emanados de la buena fe, sí. Ello en el entendido de que la buena fe constituye un principio de orden público y, por tanto, es indisponible para las partes.

2. Oferta de celebrar un contrato

La oferta de celebrar un contrato es "el acto jurídico unilateral por el cual una persona propone a otra celebrar una determinada convención"[31]. Su regulación se encuentra en el *Código de Comercio* a propósito de la formación del consentimiento.

La primera diferencia entre las LOI y MOU y la oferta es que las primeras son convenciones, es decir, actos jurídicos bilaterales –pues suponen la manifestación de la voluntad de todas las partes negociantes–. La oferta, por el contrario, es un acto jurídico unilateral, pues supone únicamente la voluntad del oferente.

En segundo lugar, y de conformidad al artículo 100 del *Código de Comercio*, el oferente puede quedar obligado a indemnizar ciertos gastos aún cuando se haya retractado tempestivamente de su oferta[32]. En cambio, y como ya hemos adelantado, las LOI y MOU no necesariamente son vinculantes para las partes, por lo que no siempre existe la obligación de indemnizar en caso de incumplimiento.

---

[29] De La Maza (2010), p. 84.

[30] Véase título III de la mencionada ley.

[31] Vial (2006), p. 63.

[32] Dispone el artículo en comento: "La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto".

Actualidad Juridica 36.indd 519 01-09-17 11:59

3. Promesa de celebrar un contrato

El contrato de promesa está regulado en el artículo 1554 del *Código Civil*. En él se señala que la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que se cumplan los requisitos que la misma disposición menciona. Se trata, por tanto, de un contrato nominado que engendra obligaciones de hacer (en concreto, celebrar el contrato prometido).

La primera diferencia que salta a la vista entre el contrato de promesa y las LOI y MOU es que el primero es un contrato nominado, mientras que las segundas son convenciones que aún no han sido reguladas por el legislador.

En segundo lugar, el contrato de promesa engendra una obligación de hacer (celebrar el contrato prometido), mientras que las LOI y MOU no están restringidas a este tipo de obligaciones. De hecho, estas últimas podrían engendrar otro tipo de obligaciones, como sería la de no divulgar cierta información obligación de no hacer.

Finalmente, se ha discutido si el contrato definitivo que se acuerda celebrar en el contrato de promesa debe ser real o solemne, o si se extiende también a los contratos consensuales. Esta discusión no parece existir en el caso de las LOI y MOU, las cuales pueden referirse "prácticamente a cualquier contrato o negocio jurídico"[33].

4. Declaraciones y garantías

En los procesos de negociación complejos, por ejemplo, la venta de una industria o empresa –a través de la enajenación de activos o acciones– u otros, es frecuente que las partes (sobre todo la parte vendedora) haga declaraciones acerca de la "calidad y origen de la cosa vendida, los pasivos de la empresa y las materias más diversas"[34]. Ello, con el objeto de "otorgar seguridad al adquirente en orden a cuál es la real situación económica, financiera, patrimonial y legal de la empresa"[35].

Este tipo de declaraciones incluyen aseveraciones acerca de la vigencia de la sociedad, dominio de los bienes enajenados, permisos ambientales, servidumbres, contingencias laborales, tributarias o judiciales, entre otros.

Estas declaraciones, según la doctrina, son "incorporadas" al contrato y, por tanto, dan lugar a obligaciones propiamente contractuales[36]. Se rigen, por tanto, por el estatuto de la responsabilidad contractual[37]. Sin embargo, aún no existe consenso respecto a qué acciones proceden en caso de su incum-

[33] Parra (2013), p. 11.
[34] Barros y Rojas (2010), p. 513.
[35] Alcalde (2008), p. 243.
[36] Barros y Rojas (2010), p. 513.
[37] Alcalde (2008), p. 254.

Actualidad Juridica 36.indd 520 01-09-17 11:59

plimiento (acción por vicios redhibitorios, nulidad por dolo o error, acción autónoma de indemnización de perjuicios, rebaja del precio, entre otros).

Según Barros y Rojas, las "declaraciones" son "afirmaciones de hechos que han sido importantes en la decisión de una de las partes de contratar", y su infracción da lugar a la indemnización de perjuicios o la rescisión del contrato, cumplidas ciertas condiciones[38]. Las "garantías", por su parte

> "se traducen en promesas de verdad que una parte hace a la otra, de lo que se sigue que si los hechos afirmados no corresponden a la realidad quien los ha afirmado incumple una obligación contractual y debe indemnizar al acreedor"[39].

Según los autores, estas últimas darían lugar a una responsabilidad estricta[40].

Como vemos, la figura de las "declaraciones y garantías" se asimila mucho a la de las LOI y MOU. En efecto, ambas se celebran con miras a la celebración de un contrato definitivo y en la etapa precontractual. Ambas, además, constituyen convenciones entre las partes.

La diferencia entre ambas figuras, sin embargo, es al menos doble:

En primer lugar, se diferencian por su objetivo o finalidad. Como hemos dicho, las "declaraciones y garantías" tienen por objeto asegurar la calidad o estado de ciertos bienes o personas. El objeto de las LOI y MOU, por otro lado, es mucho más extenso, ya que abarca cuestiones que van desde el proceso mismo de negociación hasta el contrato definitivo (por ejemplo, la determinación del precio).

Una segunda diferencia entre las figuras en cuestión es que, mientras las "declaraciones y garantías" tienen por objetivo preciso "responsabilizar" al declarante en caso que las declaraciones sean falsas; las LOI y MOU no engendran, necesariamente, obligaciones para las partes.

VI. Fuerza vinculante y efectos derivados de su incumplimiento

Como ya hemos señalado, las LOI y MOU son instrumentos mediante los cuales las partes dejan constancia de sus acuerdos preliminares en relación con un contrato futuro. Estos acuerdos pueden referirse al proceso de negociación o al contrato definitivo.

Siendo "convenciones" en el sentido estricto de la palabra, cabe preguntarse si estos instrumentos de negociación engendran o no obligaciones

[38] Barros y Rojas (2010), pp. 513-514.
[39] *Ibid.*
[40] *Op. cit.*, pp. 519 y 525.

Actualidad Juridica 36.indd 521 01-09-17 11:59

para las partes que lo suscriben. Dicho en otras palabras, se debe responder a la pregunta de si estos instrumentos "obligan" en los términos del artículo 1545 del *Código Civil* y a la luz del principio *pacta sunt servanda*.

En relación con este tema, se aprecian al menos tres modalidades que pueden adoptar las LOI y MOU:

i) aquellas en que todas las cláusulas son vinculantes u obligatorias (*binding*);
ii) aquellas en que ninguna de las cláusulas es vinculante u obligatoria (*non-binding*);
iii) y aquellas en que algunas cláusulas son vinculantes y otras no.

Si bien podría parecer que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes son libres para determinar o no la "obligatoriedad" de las cláusulas, lo cierto es que este tema no parece lo suficientemente zanjado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

En nuestro medio el tema no parece haber sido discutido ampliamente. Sin perjuicio de lo anterior, existen pronunciamientos jurisprudenciales que dan indicios de que estos instrumentos serían legítimos en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado:

> "Décimo: Que el principio de la autonomía de la voluntad, como los que de ella derivan, permite sostener premisas previas a continuar con el análisis: Por una parte se reconoce a toda persona la posibilidad de concluir los contratos que estime pertinente y con quien lo crea apropiado y por otra que las exigencias de un contrato definitivo no pueden limitar aquellos que la ley no prohíbe concluir para su preparación o en forma anticipada. Se sigue de estas premisas, que el establecimiento por la ley de un tipo determinado de contrato preparatorio no impide como tampoco excluye la posibilidad concluir otros que de mejor manera satisfaga las necesidades de las partes. En efecto, la regulación del contrato de promesa, no impide dar nacimiento a otras convenciones preparatorias, con mayor razón si no existen razonamientos que sustente su exclusividad en tal sentido, cuanto no sea la simple afirmación del hecho. Podrá ser posible que el contrato de promesa no llegue a celebrarse por requerir mayores especificaciones de las que se carece en un momento determinado, sin que esto impida comprometer las voluntades de las partes y asegurar la realización de un contrato con posterioridad por medio de otro acto o convención. No se observan razones en la legislación para impedir la celebración de otras convenciones, de las que derivan los efectos consiguientes ante el hecho del incumplimiento, como tampoco concurren obstáculos legales que no permitan exigir lo que la ley dispone para la retractación unilateral, intempestiva y tácita de una oferta, por su trasgresión expresa posterior"[41].

[41] Corte Suprema (2012): Rol N° 218-2011, Cristián Urrea Fuentes con CorpBanca.

Actualidad Juridica 36.indd 522 01-09-17 11:59

Como vemos, la Corte Suprema parece entender que los contratos preparativos (dentro de los cuales encontramos las LOI y MOU) son legítimos en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del principio de autonomía de la voluntad, y que las partes son libres para determinar sus efectos.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestra doctrina ha puesto en tela de juicio la posibilidad de que las LOI y MOU no engendren obligaciones para las partes. Preguntándose, precisamente, por la posibilidad de celebrar LOI y MOU no vinculantes, un autor señala: "¿produce el efecto querido por las partes el acuerdo de que no resultarán obligadas de ninguna manera mientras estén negociando?", a lo que el mismo autor responde:

> "a la luz de lo mencionado, creo que la respuesta es negativa, por cuanto por más que se busque eliminar cualquier posibilidad de resultar obligado, no es posible sustraerse al deber fundamental de conducirse de buena fe en dicha etapa, el que por su propia naturaleza impone inmediatamente obligaciones especificas según el caso (...) en consecuencia, si dichas obligaciones se infringen, darán lugar a la responsabilidad del caso (concurriendo los demás requisitos), aunque en el respectivo instrumento se indique lo contrario. Ello, por cuanto el principio de buena fe es de orden público, ya que apunta a exigencias básicas de comportamiento para el adecuado desarrollo social, lo que no es disponible por la voluntad de las partes, a lo menos en cuanto a la condonación del dolo futuro o de la culpa grave que importaría dicha cláusula"[42].

Como se puede apreciar, para cierta parte de la doctrina la posibilidad de celebrar acuerdos no vinculantes estaría limitada, al menos, por las exigencias básicas derivadas de la buena fe. Entre ellas encontramos la prohibición de condonar el dolo futuro (artículo 1465 del *Código Civil*). A esta limitación podríamos agregar la prohibición de infringir cualquier otra norma de orden público y el derecho de terceros.

Además, y basándonos en la experiencia estadounidense, podemos decir que ante un eventual escenario judicial por infracción a las cláusulas de una LOI o MOU, las partes siempre podrán acreditar –durante la secuela del juicio–que su verdadera intención fue quedar obligadas por ellas, sin perjuicio de que hayan pactado expresamente que no eran vinculantes. Ello guarda armonía con la regla de interpretación de los contratos establecida en el artículo 1560 del *Código Civil*[43]. Debemos advertir, sin embargo, que los tribunales deben ser extremadamente cautelosos a la hora de privilegiar una voluntad oculta por sobre la declarada.

Finalmente, conviene efectuar un pequeño repaso de lo que ha sido el desarrollo jurisprudencial estadounidense en la materia.

---

[42] Fernández (2011).

[43] "Art. 1560. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".

Actualidad Juridica 36.indd 523 01-09-17 11:59

Al respecto podemos decir que, en la especie, se distinguen dos momentos en la jurisprudencia americana, cuyo hito divisor es el fallo Texaco, Inc v. Pennzoil, Inc de 1987. Previo a esta sentencia, los tribunales estadounidenses habían concedido amplia libertad a las partes para negociar sin riesgo de incurrir en responsabilidad precontractual, en el entendido que, según las reglas de formación del consentimiento, previo a la aceptación de la oferta el oferente es libre para revocarla[44].

Resumidamente, los hechos del caso fueron los siguientes: Pennzoil Inc y Getty Oil comenzaron negociaciones para la adquisición de esta última por parte de Pennzoil. Para ello, las partes firmaron un MOU. Sin perjuicio de lo anterior, y sin previo aviso, la junta de directores de Getty Oil decidió poner término unilateral a las negociaciones y fusionarse con Texaco Inc, quien había hecho una mejor oferta. Tras ello, Pennzoil demandó a Texaco por haber intervenido en contrato ajeno. La Corte otorgó a Pennzoil una indemnización por alrededor de USD 10 billones. Texaco apeló. El asunto finalmente fue resuelto entre las partes por la suma de USD 3 billones aproximadamente.

Desde la sentencia aludida la forma de ver las LOI y MOU cambió radicalmente, pues comenzó a ser parte de la conciencia jurídica que estos instrumentos generaban verdaderas obligaciones para las partes –con su consecuente responsabilidad–. Esto, como señala un autor, produjo un auge en las demandas por supuesta infracción a las LOI y MOU[45].

Para determinar si un LOI o MOU es vinculante, la jurisprudencia estadounidense ha echado mano a una serie de criterios, entre los cuales se encuentran: la intención de las partes, los términos empleados en el acuerdo (es decir, si contiene o no cláusulas que explícitamente declaran la no-obligatoriedad), el contexto de las negociaciones, la ejecución parcial del acuerdo definitivo, si han quedado asuntos relevantes por definir, y si las negociaciones en cuyo contexto se suscriben las LOI o MOU son de aquellas que suelen culminar en acuerdos escritos[46].

Como podemos ver, la respuesta a la pregunta sobre la fuerza vinculante de las LOI y MOU sigue abierta. En efecto, en el Derecho Comparado (USA) aún existe controversia al respecto. En nuestro medio, por su parte, ha existido escaso desarrollo en la materia, sin que puedan observarse tendencias doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales concluyentes.

VII. Conclusiones

De lo expuesto en este ensayo podemos concluir:

1. Las LOI y MOU constituyen herramientas de uso común y frecuente en la negociación moderna.

[44] Martin (2000), p. 2.
[45] *Op. cit.*, p. 3.
[46] *Op. cit.*, pp. 6-7.

Actualidad Juridica 36.indd 524 01-09-17 11:59

2. El objetivo de estos instrumentos es regular y fijar las pautas del proceso de negociación de un contrato definitivo, así como zanjar elementos claves de dicho contrato. Sin perjuicio de lo anterior, la naturaleza jurídica de estas figuras sigue siendo ambigua.
3. La suscripción de LOI y MOU tiene ventajas y desventajas. Por lo anterior, habrá que analizar caso a caso si conviene o no suscribirlas.
4. Actualmente no existe regulación normativa específica para estos instrumentos. Sin embargo, su procedencia ha de ser admitida –en principio– en virtud del principio de autonomía de la voluntad.
5. No deben confundirse las LOI y MOU con otros actos o principios jurídicos, como son el deber de actuar de buena fe durante las tratativas preliminares de un negocio, la oferta, la promesa, y las "declaraciones y garantías".
6. Finalmente, no existe acuerdo en la doctrina y jurisprudencia (tanto local como extranjera) acerca de si estos instrumentos generan siempre obligaciones para las partes. El tema parece discutido aun en los casos en que las partes han acordado expresamente que sus cláusulas no son vinculantes.

Bibliografía

Alcalde Rodríguez, Enrique (2008): "La cláusula de "declaraciones y garantías" en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos", en *Revista Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo), año IX N° 17.

Barrientos Zamorano, Marcelo (2010): "Responsabilidad en el ámbito de las negociaciones y de las tratativas preliminares", charla dictada el martes 16 de noviembre de 2010 en el Colegio de Abogados de Chile.

Barros Bourie, Enrique (2010): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Barros Bourie, Enrique y Rojas Covarrubias, Nicolás (2010): "Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales", en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, Editorial LegalPublishing).

Celis Rodríguez, Rubén (2004): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Librotecnia).

De La Maza Gazmuri, Iñigo (2010): "Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXIV.

Fernández Ruiz, Gonzalo (2011): "¿Es posible no asumir obligaciones cuando se negocia?", comentario legal publicado en el diario "El Mercurio Legal" con fecha 4 de noviembre de 2011.

Actualidad Juridica 36.indd 525 01-09-17 11:59

Garner A, Bryan (2004): *Black's Law Dictionary* (Octava Edición, United States of America, Thomsom West).

López Santa MaríA, Jorge (2005): *Los contratos parte general* (Cuarta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.

Martin, Jay (2000): "Carefully crafted letters of intent as a means to an end", *Corp. Coun. Rev*, XIX, N° 1.

Parra Herrera, Nicolás (2013): "La autorregulación de los tratos preliminares. Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual", *Revista de Derecho Privado*, N° 50, diciembre de 2013.

Ramos Pazos, René (2008): *De la responsabilidad extracontractual* (Cuarta Edición, Santiago, LegalPublishing).

Rodríguez Grez, Pablo (2011): *Nuevas tendencias de la responsabilidad* (Santiago, LegalPublishing).

Rosende Álvarez, Hugo (1979): *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

Vial Del Río, Víctor (2006): *Teoría general del acto jurídico* (Quinta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema (2015): Rol 9997-2015, Sociedad Inversiones PPC S.A. con Importadora y Distribuidora Sensación Limitada.

Corte Suprema (2012): Rol N° 218-2011, Cristián Urrea Fuentes con CorpBanca.

Corte Suprema (2011a): Rol 5484-2009, Banco Bice con Inmobiliaria e Inversiones El Pellín Limitada y otros.

Corte Suprema (2011b): Rol N° 1872-2010, David Jiménez Mira con Antonio Armijo Cerda.

Normas

Código Civil, 30 de mayo de 2000 (fija texto refundido, coordinado y sistematizado).

Código de Comercio, 23 de noviembre de 1865.

Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, 7 marzo de 1997.

Actualidad Juridica 36.indd 526 01-09-17 11:59

ACTUALIDAD
JURIDICA

Formulario de Suscripción

Nombre

Dirección

Dirección de despacho

Comuna

Ciudad País

Teléfono Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Empresa/Institución

Giro

R.U.T. Correo electrónico

Tipo de suscripción

Nueva Renovación 1 año 2 años

Emitir cheque cruzado a nombre de

"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."

por la suma de $ por suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCIÓN*	1 AÑO (2 revistas)	2 AÑOS (4 revistas)
Nacional	$ 22.000	$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o correo electrónico a:
Ediciones Universidad del Desarrollo

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56 2 299 92 71
Fax: 56 2 299 92 71
E–mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56 41 268690
Fax: 56 41 268669
E–mail: cferrando@udd.cl