# ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XVIII, N° 37 – Enero 2018

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

*Actualidad Jurídica*
es una publicación semestral de la Facultad de Derecho
de la Universidad del Desarrollo

ISSN 0717-5914

Director
Gonzalo Rioseco Martínez

Secretario de Redacción
José A. Riquelme González

Consejo Editorial

Hugo Rosende Álvarez
Jorge Ogalde Muñoz
Bruno Caprile Biermann
Ignacio Covarrubias Cuevas
José Manuel Díaz de Valdés Julia
Julio Alvear Téllez

Representante Legal
Federico Valdés Lafontaine

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

Ediciones Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo,
Las Condes. Santiago de Chile

Impresión
Versión, Producciones Gráficas Limitada

# ÍNDICE DE CONTENIDOS


- Presentación ..... 7
- *In memorian* Gerardo Sandoval Gouët (Q.E.P.D.) ..... 9

I. Tema Central: Derechos sociales, ¿utopía o realidad?

- Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Aborto (José Manuel Díaz de Valdés J.) ..... 13
- Protección Constitucional de los derechos sociales en Chile (Enrique Navarro Beltrán) ..... 49
- La reforma previsional, más allá del cinco por ciento (María José Zaldívar Larraín y Andrés Romero Werth) ..... 83
- Algunas reflexiones sobre el principio de subsidiariedad como fundamento esencial de una organización política humanizada y su relación con los derechos sociales (Salvador Mohor Abuauad) ..... 101
- La seguridad social y los sistemas de pensiones. Las nuevas herramientas de participación ciudadana (María Eugenia Montt Retamales) ..... 117
- Breve análisis de la tradición constitucional en el contexto del reconocimiento de los derechos sociales. Problemas a su formulación (Juan Andrés González Tugas) ..... 129
- Derechos Sociales: Reconocimiento, garantización y naturaleza jurídica (Roberto Mayorga Lorca) ..... 153
- Huelga y utopía. De la reflexión política a la reflexión jurídica (Francisco A. Ruay Sáez) ..... 173

II. Estudios y ensayos

- La cultura de integridad corporativa: un elemento esencial de la estrategia de sostenibilidad empresarial (Natalia González B.) ..... 207
- Inclusión de delitos ambientales en el Estatuto de Roma (Raúl F. Campusano Droguett y Luis Hernán Acevedo Espínola) ..... 227
- La moderación judicial de la cláusula penal y las multas que aplica la Administración a raíz del contrato administrativo (Emilio Pfeffer Berger) ..... 257
- Concepto y normativa aplicable a los servicios de trabajos aéreos en Chile. Análisis a partir del concepto de transporte aéreo de pasajeros (Macarena Díaz de Valdés Haase) ....291
- De las mediaciones por daños en salud (Benjamín Musso Arratia) ..... 319
- Los recursos procesales en la reforma procesal civil y el impacto que significan en el papel de los tribunales superiores de justicia en Chile. En especial, a propósito de los recursos de apelación y extraordinario (Emilio José Bécar Labraña) ..... 357
- La Epikie = Ettieikeia (Héctor Oberg Yáñez) ..... 401

III. Proyectos de ley en discusión


- Temas pendientes en el proyecto que moderniza la legislación bancaria (Santiago Orpis Jouanne) ..... 407


IV. Comentarios de jurisprudencia


- Una nueva mirada jurisprudencial al artículo 2331 del Código Civil. Comentario de una sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol Nº 65.403-2016, caratulados "Loyola Villalobos Juan Ignacio con Empresa El Mercurio S.A.P." (Fernando José Rabat Celis) .... 443
- Sobre la forma en que deben promoverse los recursos de casación en la forma y de apelación en contra de una sentencia definitiva de primera instancia; una reciente sentencia de la Excma. Corte Suprema que subsidia la falta de lógica (Aníbal Korn Agusti y Benjamín García Mekis) ..... 449


V. Libros, resúmenes y recensiones.


- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Universidad del Desarrollo, N° 11, octubre de 2017 ..... 465
- Índice revista *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, Nº 39 de 2017 ..... 467


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


- Acerca del *pacta sunt servanda*, la buena fe, la interpretación contractual y su relación con la teoría de los actos propios (María Isabel Warnier Readi) ..... 471

# PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo mediante la presente edición de la revista *Actualidad Jurídica*, ha querido contribuir al debate en torno a los derechos sociales y su actual tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico. La Doctrina ha señalado en variadas ocasiones que, en general, estos derechos se encuentran contenidos sobre la base de enunciados indeterminados y poco concretos que dificultan la determinación de los mismos, desafiando, así, a quienes busquen determinar su real sentido y alcance. Por esto, se ha querido plantear si la exigibilidad de los derechos sociales es plausible hasta la ejecución de medidas particulares y concretas que, por su naturaleza, los vuelvan en la práctica una utopía, o si, por el contrario, gozan de una existencia cierta que signifique una mayor expansión del aparato estatal.

Los derechos se denominaron "sociales" por primera vez en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966, en el cual, los Estados parte se comprometieron a adoptar medidas para el logro progresivo de ellos, hasta llegar a la plena efectividad de los mismos, y garantizar, así, el ejercicio de tales derechos por parte de toda persona sin discriminación alguna.

Es así como en la presente publicación los autores que generosamente han contribuido con sus análisis, abordan aquellas materias contingentes a esta temática, desarrollando razonamientos sobre el principio de subsidiariedad, la interdependencia entre libertades y los derechos sociales, el diseño del sistema de pensiones, el derecho a huelga y el reciente fallo respecto al proyecto de ley que despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo bajo determinadas causales.

Además, como es habitual en nuestra revista, abordamos diferentes asuntos de relevancia jurídica en las más variadas materias regulatorias, analizando la normativa aplicable al servicio de trabajos aéroes, los procedimientos de mediación por daños en salud, los delitos ambientales en el Derecho Comparado y, consecuentes con nuestro propósito de desarrollar materias de contingencia, contamos también con una mirada a la sostenibilidad empresarial y su vínculo intrínseco con la ética, la integridad y el cumplimiento normativo, para luego, enfocarnos en las discusiones legislativas del momento.

Luego, ofrecemos al lector comentarios jurisprudenciales relevantes, que merecen nuestra atención, para concluir con una ponencia expuesta en el marco del IV Congreso Nacional de Ayudantes de Derecho que nuestra Facultad organizó.

Esperamos que el desarrollo de estas materias resulten de interés y utilidad para nuestros lectores.

EL DIRECTOR

# *IN MEMORIAM*
# GERARDO SANDOVAL GOUËT
# (Q.E.P.D.)

Existen oportunidades en que resulta difícil aceptar o comprender los designios de la Providencia, como ocurre cuando personas en la plenitud de sus capacidades intelectuales y personales nos dejan para entrar en la eternidad. Fue en su momento lo ocurrido con el recordado profesor universitario, historiador e intelectual don Jaime Eyzaguirre Gutiérrez.

Y es lo que, en forma prematura e inesperada, sucedió el pasado 26 de octubre de 2017, cuando, a los sesenta y siete años de edad, falleció el destacado abogado y académico penquista, Gerardo Sandoval Gouët. Sus funerales, que reunieron a una enorme multitud de personas que le admiraban y querían, fueron un testimonio de su gran calidad humana. La ceremonia religiosa fue presidida por el Arzobispo de la arquidiócesis de Concepción, monseñor Fernando Chomalí G., quien estuvo acompañado por varios sacerdotes de diversas congregaciones religiosas.

En relación con su vínculo con la Universidad del Desarrollo, fue el segundo decano de nuestra Facultad, entre los años 1993 y 1995, y profesor de la misma hasta 2008.

Gerardo realizó sus estudios de Derecho en la Universidad de Concepción, donde también ejerció la docencia. Recibió su título de abogado de la Corte Suprema en 1978. Desde ese momento se convirtió en una figura destacada del foro penquista y fundó y encabezó el estudio Sandoval & Latsague, especializado en asesorías a empresas, litigios y gestión corporativa, entidad de gran influencia en la ciudad de Concepción y Región del Biobío.

Se distinguió por la ponderación de su juicio, la amplitud de su visión de las cuestiones jurídicas y la defensa de los derechos de los más necesitados.

Integró los directorios de diversas organizaciones del mundo productivo de la Región del Biobío. En el plano académico llegó a ser vicerrector de la Universidad Andrés Bello de Concepción.

Pero las iniciativas de bien público de nuestro querido exdecano y amigo Gerardo Sandoval fueron mucho más amplias. Al momento de su deceso presidía la Fundación San Juan del Castillo, institución vinculada a la Compañía de Jesús, creada para el desarrollo de obras educacionales, culturales, de formación de personas y de servicio social. Igualmente participaba en el directorio del Hogar de Cristo regional.

Fue presidente y fundador, junto a otros destacados profesionales penquistas, de dos muy buenos colegios privados de la ciudad de Concepción, el Itahue, para niñas y el Pinares, de niños.

Casado y padre de cuatro hijos, fue modelo de católico que dio ejemplo de su fe con sus palabras y obras. Hombre de acrisoladas virtudes cristianas, tuvo gran éxito en su profesión, pero para él mucho más importante era educar a sus hijos, su familia y el bien de sus amigos y conocidos. Sus iniciativas personales lo llevaron a dirigir y fundar múltiples proyectos inspirados en la promoción y educación de las personas más necesitadas y siempre con el sello cristiano en su proceder.

Creía que era un engaño el caer en la supuesta tolerancia que abdica de enseñar a los jóvenes los principios de la Fe cristiana, pues cuando esta no se enseña, no se muestra el buen camino y los jóvenes no tienen los elementos para escoger con verdadera libertad los fundamentos de su vida personal. En suma, predicaba con su ejemplo de hombre recto y virtuoso.

Pensaba que la sociedad actual huía de lo trascendente, del dolor y de la muerte, sin preocuparse por la razón de la vida, de la existencia del ser humano y de su creación.

La Facultad de Derecho reconoce el gran aporte personal y profesional de Gerardo a la formación de generaciones de estudiantes, jóvenes que vieron en él y en su ejemplo una plena identificación entre la defensa de los principios de una vida recta y honesta y la acción decidida para promoverlos y desarrollarlos en el complejo mundo en que nos toca vivir.

Gonzalo Rioseco Martínez
Decano
Facultad de Derecho

# TEMA CENTRAL
## "Derechos sociales, ¿utopía o realidad?"

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

# REFLEXIONES ACERCA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LEY DE ABORTO

# REFLECTIONS ON THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT ON THE LAW OF ABORTION

*José Manuel Díaz de Valdés J.*[*]

Resumen: Se analiza de manera crítica la sentencia que declaró la constitucionalidad del proyecto de ley de aborto. Luego de sintetizar el fallo, se discuten algunas dificultades procesales, tales como la falta de una mayoría clara tras la *ratio decidendi*, el valor de las prevenciones y el tratamiento de los precedentes. Posteriormente se examina el fondo, destacando la innecesaria severidad adoptada en relación al estatuto constitucional del no nacido, así como el peculiar uso de la proporcionalidad. Por último, se discute el impacto del fallo en el eventual surgimiento de un derecho fundamental al aborto y en la aceptación de la discriminación genética.

Palabras claves: Aborto - Tribunal Constitucional - Objeción de Conciencia

Abstract: This paper critically analyses the judicial decision about the constitutionality of the Abortion Bill. After summarizing the decision, it discusses procedural difficulties such as the lack of a clear majority supporting the ratio decidendi, the value of the separate opinions and how the previous case-law is dealt with. Then, it examines the substance of the decision, highlighting the unnecessarily severe stance adopted regarding the constitutional status of the unborn, and the court's peculiar employment of proportionality. Finally, it assess the impact of this decision on the emergence of a fundamental right to abortion and the acceptance of genetic discrimination.

Key words: Abortion - Constitutional Court - Conscientious Objection

---

[*] Doctor en Derecho, Universidad de Oxford. Máster en Derecho, Universidad de Harvard. Máster en Derecho, Universidad de Cambridge. Licenciado y Magíster en Derecho, PUC. Profesor de Derecho Constitucional UDD y PUC. Correo electrónico: jdiazdevaldes@udd.cl.
Agradezco la colaboración de mi ayudante de investigación, señor Jaime Soto F.

## I. Introducción

Con fecha 28 de agosto de 2017, el Tribunal Constitucional (el "Tribunal"), emitió una de sus sentencias más importantes y polémicas de los últimos años, resolviendo sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que despenalizaba el aborto en tres causales (el "Proyecto"), causa rol N° 3729 (3751)-17 (el "Fallo" o la "Sentencia").

Tal y como ha sucedido en otras jurisdicciones al tratar del tema del aborto, el proceso en comento generó una intensa controversia jurídica, social y política. La sociedad civil se organizó y participó de manera formal en dicho proceso, mediante decenas de presentaciones escritas y orales, estas últimas rendidas en audiencias públicas convocadas por el Tribunal, justamente en razón del gran interés social comprometido.

En definitiva, la Sentencia aceptó la constitucionalidad de las tres causales de despenalización del aborto planteadas por el Proyecto. Sin embargo, un análisis detenido del texto del fallo hace surgir una serie de inquietudes acerca de qué fue lo que resolvió el Tribunal, así como sobre sus eventuales implicancias a futuro.

El presente texto tiene por objetivo analizar de manera crítica algunos aspectos de la Sentencia. Para ello, se comenzará resumiendo las partes de su texto más directamente vinculadas a los aspectos que se discutirán, esto es, el voto de mayoría, así como algunas prevenciones y disidencias. A continuación se formularán comentarios críticos generales, procedimentales y de fondo a la Sentencia, para concluir con algunas reflexiones prospectivas.

## II. Síntesis de la sentencia

### *1. Consideraciones previas*

La Sentencia comienza señalando aquello sobre lo que no se pronunciará, esto es:

i) el estatuto ontológico del *nasciturus* (pero sí el concepto jurídico de persona);
ii) la "rectitud moral" de quienes se someten a un aborto;
iii) si se trata de una despenalización o legalización de conductas;
iv) el valor doméstico de sentencias emitidas por Tribunales Internacionales o de declaraciones de comités creados por tratados internacionales; y
v) "alegaciones de mérito o conveniencia, como las críticas a la regulación o a la manera que el legislador normó ciertas situaciones" (considerando décimo).

A continuación hace una somera referencia a la regulación histórica del aborto en Chile (hasta la derogación del aborto terapéutico en 1989[1]), así como a la regulación comparada, destacando tanto la novedad de las leyes permisivas del aborto, así como el escaso número de países que hoy lo prohíben en forma absoluta. Profundiza luego sobre las sentencias judiciales comparadas que han abordado la constitucionalidad de leyes de aborto, destacando que la mayoría de ellas no reconoce al no nacido un derecho a la vida, si bien se considera al mismo como un interés o valor objetivo. Se revisa también, de manera sucinta los "criterios" para declarar constitucional estas leyes, entre ellos los derechos de la mujer, la imposibilidad de exigirle ciertas conductas o de imponerle ciertas cargas; "la protección incremental del embrión y feto", y la proporcionalidad.

Pasa luego al Tribunal a analizar sus precedentes (considerandos vigésimo a vigésimo quinto). Destaca la existencia de dos que "no dialogarían" entre sí. El primero es la sentencia rol N° 220-1995, que versó sobre la constitucionalidad de la muerte encefálica o cerebral en el contexto del trasplante de órganos. Destaca de aquella que la definición de la muerte corresponde al legislador, y que "la Constitución regula la vida desde el nacimiento y durante la existencia de la persona, la que termina con su muerte natural". El segundo precedente es el fallo rol N° 740-2007, sobre la píldora del día después, donde se señaló que "el que está por nacer es una persona (...) tiene dignidad ", agregando que "la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción". Las diferencias entre ambos precedentes serían dos:

i) el primero reconoce al legislador "plena capacidad para normar situaciones vinculadas a la vida y la muerte de las personas" (e.g., cuando termina la vida), mientras que el segundo afirmaría que la Constitución "toma una opción respecto del no nacido, de modo que el legislador no puede modificar o intervenir", y
ii) el primero sostendría que la vida comienza con el nacimiento y el segundo, con la concepción.

A continuación, el texto intenta definir "criterios interpretativos" que "guiarán su razonamiento" (considerandos vigésimo sexto a trigésimo segundo). Los criterios singularizados serían:

i) la corrección funcional (la que supondría respetar la discrecionalidad propia del legislador, sin pronunciarse sobre la "bondad o conveniencia" de las regulaciones)[2];

[1] Ley N°18.826, que sustituye al artículo 119 del *Código Sanitario.*

[2] Los ministros Brahm y Vásquez no compartieron esta parte del voto de mayoría, por lo que no debe considerarse parte de la sentencia, al reunir solo cuatro votos de entre los diez ministros. Véase la disidencia de estos ministros, encabezado y N°s 1-3.

ii) la presunción de constitucionalidad de la ley (debe existir una "duda más que razonable" para declarar lo contrario, y la carga de la prueba es de quién alega la inconstitucionalidad)[3];
iii) criterio sistemático (las normas constitucionales deben interpretarse como un todo armónico y nunca de forma aislada);
iv) dinamicidad de la interpretación constitucional (para "permitir la adaptación del texto" a las nuevas realidades y cambios de contexto, aquí en relación al fortalecimiento de la autonomía y derechos de la mujer).

Finalmente, se cuestiona la utilidad del criterio de interpretación histórico u "originalista" (se habrían dictado más de cuarenta reformas constitucionales, así como una serie de leyes que la "complementan, y que le dan un cierto sentido y alcance", y además la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución ("CENC") fue solo una comisión asesora del poder constituyente real), declarándolo como "auxiliar", para "casos muy justificados y nunca apara rigidizar el sentido del texto". Sorprendentemente, el considerando siguiente comienza con un extenso análisis del factor histórico en relación con el artículo 19 N°1 y la frase "La ley protege la vida del que está por nacer". En síntesis, señala que existe una diferencia en la protección de los incisos primero y segundo del artículo 19 N° 1, ya que la CENC habría entregado al legislador la facultad de proteger la vida que está por nacer, lo que supondría cierta flexibilidad para no considerar el aborto como un delito en toda circunstancia.

Agrega el Tribunal que los Derecho Fundamentales no son ni se protegen en forma absoluta, ya que tienen como límite los derechos de los otros y las "limitaciones o restricciones establecidas por la propia Constitución o por la ley siempre que no afecten el contenido esencial de tales derechos" (considerado trigésimo segundo), invocando, en el caso de la vida, la pena de muerte y la legítima defensa o estado de necesidad.

Posteriormente, el Tribunal se refiere a ciertos elementos que "guiarán su razonamiento" (considerandos trigésimo tercero a cuadragésimo segundo), cuales son:

i) la sociedad pluralista (no se puede imponer un modelo de pensamiento o moral);
ii) los derechos de la mujer (libertad, igualdad, vida, integridad física y psíquica, privacidad, mayor realización espiritual y material posible), profundizados por diversa normativa legislativa, incluyendo la adopción de acción afirmativa, en cuyo contexto se considera al embarazo como "un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer", y que "compromete su integridad física y psíquica";

[3] *Ibid.*

iii) el estatus constitucional del que está por nacer (no es persona sino un bien jurídico "de la mayor relevancia", y por tanto su sacrificio no es comparable al "sacrificio de la vida de una persona plena");
iv) el derecho penal es última ratio (legislador puede utilizar otros medios regulatorios);
v) los derechos de los pacientes (existiría un cambio de paradigma, ya que el paciente es libre para decidir si se somete a cualquier procedimiento médico, lo que se aplica al aborto).

*2. Constitucionalidad del Proyecto*

La sentencia analiza el artículo 19 N° 1 inciso 2° ("La ley protege la vida del que está por nacer"). Recuerda que su origen está en el artículo 75 del *Código Civil*, y que la Constitución encarga a la ley la protección del no nacido, no la brinda por sí misma, permitiendo al legislador definir "en qué casos sí, en cuáles no, de qué modo". Destaca que la Constitución, a diferencia del inciso precedente (art. 19 N° 1 inciso 1°), no habla de persona ni tampoco de "derechos". Agrega que la Constitución utiliza el deber de protección en varias ocasiones, sin que ello se interprete como penalización de conductas o sacrificio de otros bienes jurídicos. Protección no significa desprotección ni sobreprotección ("medidas que vayan más allá de lo razonable y sacrifiquen derechos de otros"), y el "primer sujeto" a proteger en la mujer, la que no es un medio ("La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada") (considerando cuadragésimo séptimo).

Reitera luego el fallo que los derechos fundamentales, incluyendo la vida, no son absolutos, ya que debe compatibilizarse con "la debida protección del ser humano y su dignidad". Agrega que el derecho a la vida tiene dos contenidos básicos: "tener y vivir una vida en condiciones dignas" y "el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella", si bien no incluiría el derecho a la propia muerte (considerando cuadragésimo noveno).

Retornando al *nasciturus*, señala que nuestro ordenamiento jurídico lo denomina de diversas formas, y que la Constitución solo llama "hijos" a los nacidos. Esta "condición" se termina con el nacimiento, pero su comienzo no está establecido en la Constitución. Si bien el Tribunal señaló que empezaba con la concepción (rol Nº 740-2007), sobre la píldora del día después), el voto de mayoría dice que tal pronunciamiento no corresponde, máxime la controversia científica y moral existente. Curiosamente, después de citar diversos antecedentes normativos que hablan de concepción, la sentencia entrega al Congreso Nacional la definición de cuándo comienza la vida del que está por nacer. No obstante lo anterior, declara:

> "afirmar que la vida comienza desde la concepción, implica establecer inmediatamente una separación y un interés contrapuesto entra la madre

> y el embrión o feto. También implica establecer una jerarquía, pues la madre pasa a ser el lugar donde el embarazo transcurre y donde la madre tiene poco que hacer o decir" (considerando quincuagésimo segundo).

Señala también que "proteger" no puede ser interpretado como una prohibición, y tampoco como una obligación de tipificar el homicidio. El legislador goza de un "margen de apreciación", en virtud del cual estableció el aborto como un delito diferente, y con penas distintas, al homicidio e infanticidio (considerando sexagésimo). Además, existen diversas legislaciones no penales que otorgan distintos grados de protección al no nacido.

Luego se refiere al concepto de persona en la Constitución (considerandos sexagésimo séptimo y siguientes), el cual supondría el nacimiento. Apela, en primer término, al artículo 1°: "Las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos". Reconoce que la voz "nacen" se refiere a que se trata de una condición inherente, "que no se hereda", pero también puede otorgársele un sentido biológico. También acepta que, cuando se aprobó la sustitución de la palabra "hombre" por "persona" en el inciso transcrito[4], la sala del Senado dejó constancia de que el *nasciturus* es persona desde la concepción y, por tanto, titular del derecho a la vida. Sin embargo, el Tribunal señala que este "alcance" no es parte del texto, sino solo un elemento de interpretación. Tampoco se trataría de una ley interpretativa (exigen quórum especial), y en todo caso excedería su ámbito, ya que intentaría interpretar el artículo 19 N° 1, en circunstancias que estaba modificando otra norma.

A continuación se refiere al argumento de que el no nacido al menos tendría naturaleza humana, la que le conferiría derechos fundamentales, incluido el derecho a la vida. El voto de mayoría señala que, aún si esto fuera cierto, se ocupará solo de los derechos que la Constitución crea, confitura y asegura, apelando a normas de la misma que se refieren a los derechos "establecidos" –no solo reconocidos– por la Constitución (artículo 1° inciso 4° y artículo 19 N° 26).

Insiste el Tribunal en que el no nacido no es persona (considerando septuagésimo quinto y siguientes). Primero, porque no cabría la definición del artículo 55 del *Código Civil* ("individuo de la especie humana"), ya que dicha norma, al prohibir excluir de tal categoría en razón de la edad del individuo, supondría que este habría nacido. Segundo, porque el 19 N° 1 inciso 2° no usa la palabra 'persona' sino que habla "del que está por nacer" (y dice 'del', no 'de la'). Tercero, el artículo 19 en su conjunto supone que la persona ya está nacida, mientras que "El no nacido no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos". Cuarto, el no nacido es un bien jurídico cuya protección no requiere del

[4] Ley de Reforma Constitucional N° 19.611, que establece igualdad jurídica entre hombres y mujeres.

estatuto de persona, lo que "distorsionaría" el sistema constitucional y legal. Ahora bien, la protección al no nacido exige "la debida consideración a los derechos que tiene la mujer", los que el legislador "a partir de cierto límite", debe hacer primar.

Así, destaca la sentencia que el Proyecto no desprotege al no nacido, ya que se mantiene el delito de aborto, despenalizando solo tres causales que deben cumplir con "estrictos requisitos" que involucran no solo la voluntad de la mujer sino, también, un diagnóstico médico. Además quedan vigentes diversas normas legales que protegen al no nacido.

Luego, el fallo analiza las tres causales de despenalización en particular (considerando octogésimo y siguientes). Respecto de la primera causal, rechaza todos los argumentos de los requirentes:

i) Desestima que la Constitución solo autorice el aborto indirecto (aquel que no tiene por intención matar al no nacido), ya que aquella no regula el aborto en absoluto. Más aún, a la luz de la ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes, toda "atención de salud" requiere, además de la decisión del médico, del consentimiento del paciente, excluyendo así las hipótesis de aborto indirecto.

ii) Desecha el argumento de la innecesaridad de la causal según la interpretación actual del artículo 119 del *Código Sanitario*, ya que sería una objeción de mérito o conveniencia y, por tanto, de una decisión propia del Congreso Nacional.

iii) Rechaza que la causal sea ambigua, pudiendo extenderse a diversas hipótesis, ya que el control que realiza es de constitucionalidad abstracta, y no del ejercicio o aplicación de las disposiciones legales (como en el recurso de inaplicabilidad). En todo caso, observa que "riesgo vital" es más restringido que la antigua interrupción con fines terapéuticos (derogada en 1989), y recuerda la utilización del término en la ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los pacientes.

iv) Desestima que se requiera más de un doctor para acreditar la causal, ya que sería una objeción de mérito o conveniencia, propia del legislador. No obstante lo anterior, se defiende la decisión legislativa en razón de "los avances en la medicina", y la urgencia asociada al riesgo vital.

A propósito de la segunda causal, tampoco acoge las impugnaciones formuladas:

i) Rechaza el argumento sobre la dificultad de diagnosticar la causal, señalando que se trata de un asunto propio de un control de aplicación de la norma, que no influye en la determinación de su constitucionalidad (abstracta). Agrega que el aborto será siempre una medida de última ratio, evitando al máximo un error de diagnóstico (dependerá del equipamiento, especialidades médicas, etc.), y que existen diversas enfermedades de difícil diagnóstico, lo cual no impide el accionar de los médicos.

ii) Desestima la objeción de que el no nacido gane o pierda derechos de acuerdo a su estado de salud, ya que no tiene derecho a la vida ni es persona (jurídicamente). Además va a morir de igual forma, solo se decide si antes o después del parto. La madre es quién debe decidir, junto a los médicos especialistas.
iii) Reconoce, pero no se pronuncia, al menos de manera directa, sobre el argumento de la falta de acuerdo entre los especialistas acerca del listado de enfermedades que dará lugar a esta causal.
iv) Desecha que exista un riesgo para salud de la madre al carecer de plazo máximo la causal, ya que habría que confiar en la capacidad de los médicos especialistas involucrados y en la *lex artis* aplicable. Además, la mujer asume el riesgo con su consentimiento.
v) Descarta el posible daño para la integridad física y psíquica de la madre producto del aborto, ya que existiría evidencia contradictoria al respecto, y la mujer es plenamente capaz para tomar la decisión.
vi) Rechaza el argumento de que dos doctores no sea suficiente para acreditar la causal, ya que se trataría de una consideración de mérito propia del legislador.
vii) Desestima la vaguedad de la causal, afirmando que debe tratarse de una patología letal y que el no nacido no pueda sobrevivir fuera del vientre materno ni aun apoyado por la tecnología.
viii) Aclara que, si bien la ley señala que si la criatura sobrevive al aborto debe proveérsele los cuidados paliativos, en el caso excepcional de que nazca "sin dificultades", se aplica "la regla general del sistema de salud" (entendemos que se refiere a atención médica integral y no solo paliativa).
ix) Precisa que las prestaciones médicas para realizar un aborto en las tres causales, no son un nuevo derecho subjetivo, sino una concreción del derecho a la protección de la salud, el cual se garantiza a las mujeres en condiciones de igualdad, y exige una política de salud estatal al respecto para no incurrir en responsabilidad por falta de servicio.

En relación con la tercera causal, nuevamente rechaza todas las impugnaciones:

i) Desestima que se trate de un asesinato por cuanto mujer y no nacido están sanos, ya que la mujer violada no está indemne, y en el caso de la primera causal el no nacido también puede estar sano. Además, el énfasis debe ponerse en el sufrimiento de la mujer (la mayoría de las veces menor de edad) y no en el no nacido. Agrega: "La mujer no tiene por qué hacerse cargo de los efectos de delito", e invoca el deber del internacional del Estado de evitar violencia de cualquier clase contra la mujer.
ii) Descarta la alegación de que el aborto no alivia trauma de la violación, ya que se trata de una cuestión de mérito o conveniencia propia del legislador.

iii) Desecha el argumento de riesgo existente para la mujer, ya que la causal tiene plazo que disminuye dicho riesgo.
iv) Rechaza la objeción de que no se acredita violación sino que se la da por establecida, ya que debe separarse "la atención del paciente de la parte judicial" y el proyecto obliga a denunciar, sino a la mujer, a los jefes de los establecimientos hospitalarios.
v) En cuanto a los posibles abusos que se puedan producir, señala que es un problema de mérito y de control en la aplicación de le ley ("El fraude a la ley no es sin más un asunto de constitucionalidad").
vi) Desestima la alegación de que el acompañamiento no es obligatorio ni disuasivo, ya que el prestador de salud debe entregar información completa y objetiva sobre alternativas al aborto. El acompañamiento y la información no pueden ser coactivos, ya que lo importante es que la mujer decida en razón de su dignidad.
vii) Aclara que, vencido el plazo de doce o catorce semanas, la mujer ha asumido el embarazo y renunciado a su interrupción.

A continuación, la sentencia realiza un test de proporcionalidad para determinar si "la mejor manera de proteger al que está por nacer es mediante medidas penales" (considerando centésimo decimotercero y siguientes). Primero, rechaza la idoneidad de tales medidas, ya que estadísticamente la sanción penal no ha impedido la realización de más de treinta mil abortos anuales (sin contar los realizados fuera de hospitales). Luego, señala que tampoco sería necesaria, ya que el Derecho Penal es última *ratio* y existen medidas menos lesivas. Por último, señala que no procede realizar un balance entre los derechos de la mujer y un bien jurídico protegido, y termina afirmando: "El derecho no puede obligar a las personas a actuar en contra de sí mismas".

Concluye esta sección con un rechazo a todas las alegaciones de desigualdad ante la ley:

i) la existencia de distintas formas de acreditación de las causales se explica porque son causales distintas, con diferentes requisitos y no sujetables a una regla común;
ii) la distinción entre mujeres violadas mayores y menores de catorce años es relevante porque dice relación con la imputabilidad penal y el aborto es un delito;
iii) la diferente participación de padres o representantes según si la menor de edad es o no mayor de catorce años, se explica porque se trata de derechos personalísimos, incluyendo la confidencialidad, así como por el interés superior del niño involucrado. Algo similar sucede con la ley N° 20.584 sobre derechos y deberes del paciente.

### *3. Objeción de conciencia*

La sentencia acoge la alegación sobre la limitación inconstitucional de la objeción de conciencia realizada por el Proyecto (considerandos centésimo vigésimo segundo al centésimo trigésimo séptimo). Si bien dicha objeción no se encuentra en forma expresa en la Constitución (y en pocas constituciones comparadas), su fundamento sería la libertad de conciencia contenida en el artículo 19 N° 6, y debe entenderse como "el derecho a no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de una ley"[5]. Adicionalmente, se invoca la dignidad ("aquella cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto") para señalar que la ley no pude disponer de las personas como un medio, como sucedería al tener que abandonar las convicciones propias para satisfacer necesidades o deseos de otro.

Sobre esta base, el Tribunal declara tres inconstitucionalidades. En primer término, que no existe razón jurídica alguna que permita restringir la objeción de conciencia solo a "profesionales", como señalaba el Proyecto, ya que los no profesionales que "deban desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico", también podrían presentar reparos de conciencia para cumplir la ley. En segundo lugar, se extiende la objeción de conciencia a las personas jurídicas o asociaciones privadas, en virtud de la autonomía de los cuerpos intermedios (artículo 1° inciso 3°), y del artículo 19 N° 15 de la Constitución (derecho de asociación). También se incluyen las instituciones religiosas en virtud del artículo 19 N° 6 (libertad religiosa)[6], y los establecimientos educacionales gracias al artículo 19 N° 11 (libertad de enseñanza), los que tienen un ideario que debe ser respetado. En tercer lugar, se elimina la norma que obligaba a realizar un aborto a objetores de conciencia, cuando era "inminente el vencimiento del plazo" de la tercera causal[7] (se mantuvo por tanto la obligación de realizar el aborto cuando se trata de la causal primera y la mujer requiere "atención médica inmediata e impostergable", si es que no hay otro médico-cirujano que pueda realizar el aborto[8]).

[5] La sentencia cita la definición contenida en el Informe N° 43 del caso 12.219, Cristián Daniel Sahli Vera y otros v. Chile.

[6] Los ministros Brahm y Vásquez previnieron (N°s 3 y 4) que la objeción de conciencia institucional no está amparada en el artículo 19 N° 6 de la Constitución, sino que en el artículo 1° inciso 3° sobre autonomía de los cuerpos intermedios. En consecuencia, la postura expresada en el voto de mayoría no podría considerarse parte de la sentencia, al reunir solo cinco votos de entre los diez ministros.

[7] Los ministros Brahm y Vásquez previnieron (N° 10) que esto era en el entendido que hubiera tiempo de trasladar a la mujer a otro establecimiento para realizarse el aborto.

[8] Los ministros Peña, Aróstica, Hernández, Romero y Letelier estuvieron por declarar inconstitucional esta limitación a la objeción de conciencia.

## *4. Disidencias y prevenciones*

### a) Disidencia sobre la constitucionalidad del aborto en tres causales de los ministros Peña, Aróstica, Romero y Letelier

Siguiendo la tónica del voto de mayoría, esta disidencia enumera los principios de interpretación que la inspiran (N° 5), enunciando:

i) la supremacía constitucional,
ii) la unidad de la Constitución;
iii) la fuerza normativa directa de la Constitución;
iv) la interpretación conforme con la Constitución;
v) la racionalidad y la razonabilidad y
vi) la proporcionalidad o prohibición del exceso.

Sin de negar la deferencia hacia el legislador, o la presunción de constitucionalidad de la ley, la disidencia recalca que el control que realiza el Tribunal es parte del "sistema de (...) frenos y contrapesos que es propio del Estado de Derecho" (N° 7), destinado a hacer eficaces los principios i) y ii) precedentes. Agrega que nuestra Constitución es garantista, y que, por tanto, no admite la vulneración de derechos fundamentales por la mera voluntad de la mayoría.

Luego, afirma que persona en la Constitución equivale a "sujeto de derechos", vinculando para ello el artículo 19 con el artículo 1° inciso 1°, e invocando la historia de la norma así como la reforma constitucional que modificó ambos artículos insertando la palabra 'persona'. Esta última se cita extensamente para demostrar que la concepción legal de persona (en cuanto titular derechos subjetivos patrimoniales), que comienza con el nacimiento, no es la concepción constitucional (en cuanto titular de derechos fundamentales), la que comienza con la concepción. Esta definición sobre el inicio de la vida tiene fundamentos científicos, por lo que "no puede quedar entregado a definiciones convencionales de carácter cultural o de otro orden al margen de la ciencia" (N° 37).

En definitiva, el que está por nacer es persona y la Constitución le asegura los derechos fundamentales. Así, el inciso 2° del artículo 19 N° 1 es solo una "especificación de la protección constitucional de la vida" (N° 32), ordenada en el inciso anterior. Se trata de un encargo del Constituyente originario al legislador, abierto a la discrecionalidad legislativa, la cual no es amplia sino limitada. Se trata de proteger (amparar, promover), lo que excluye matar al protegido. Además, de acuerdo con el artículo 19 N° 26, el legislador que regula un derecho no puede afectar su núcleo, es decir, no puede suprimir el derecho.

Agrega que el proyecto no pondera, sino que jerarquiza derechos fundamentales, privilegiando los de la madre por sobre el derecho a la vida del nasciturus. Frente al supuesto conflicto de derechos, debe intentarse una armonización que no anule ninguno de ellos. La metodología para ello es la proporcionalidad, entendida como un análisis de:

> "necesidad (que el sacrificio que experimenta uno de los derechos se funde en fines lícitos); idoneidad (que el referido sacrificio constituya un medio idóneo o apto para alcanzar el fin perseguido), y proporcionalidad en sentido estricto (que el sacrificio del derecho de que se trata resulte objetivamente armonioso y tolerable para quien lo experimenta)" (N° 45).

En relación con la primera causal, señala que, si bien pareciera ser necesaria, por cuanto sería inexigible a la mujer continuar con el embarazo cuando está en riesgo su vida, no lo es dada la excepcionalidad de la situación y su actual solución en el ordenamiento jurídico chileno (siempre que no haya intención deliberada de matar al no nacido). Tampoco sería idónea por cuanto existiría un medio menos gravoso de alcanzar el fin explicitado en el Mensaje (salvar la vida de la madre), pues bastaba incorporar una causa de exculpación (conducta no es exigible o no merece reproche penal) que permitiera al juez resolver en el caso concreto si penalizaba o no el aborto, y no una causal de justificación que "suprime la ilicitud de la conducta" (N° 59). Tampoco supera esta causal la proporcionalidad estricta, ya que hay un "sacrificio completo e irreductible de la vida" del no nacido, jerarquizando *a priori* este derecho bajo el derecho de la madre (N° 61).

Sobre la segunda causal, señala que el conflicto ya no es entre dos titulares en relación con su derecho a la vida, sino entre el derecho a la vida del no nacido y el derecho de la madre a tomar decisiones autónomas, comprendido en al artículo 1° inciso 1° de la Constitución. Luego destaca:

> "no existe ninguna fuente formal del Derecho Internacional Público –tratados o costumbre– que consagre un supuesto derecho a abortar, ni siquiera para evitar un sufrimiento en los términos que antes se han analizado" (N° 66).

A continuación, señala que la causal no cumple con el criterio de necesidad, por cuanto privar de la vida nunca puede ser necesario, aunque se trate de una vida que "no esté destinada a proyectarse en el tiempo" (N° 69). Tampoco es idóneo porque existen medios menos gravosos, para lo cual se propone un sistema de asesoramiento y acompañamiento (no el que consagra el proyecto, ya que considera la opción de matar al no nacido). Tampoco se cumple con la proporcionalidad en sentido estricto, ya que no se armonizan los derechos en conflicto, sino que se anula completamente el derecho del no nacido.

En cuanto a la causal de violación, esta sería inconstitucional por cuanto el mandato constitucional al legislador de dar protección al no nacido no puede comprenderse con una flexibilidad tal que comprenda la ausencia total de protección e, incluso, el atentado contra la vida del no nacido. Junto con lo anterior, no satisface el criterio de necesidad

> ("enfrentar ese flagelo [violación] no pasa por anular el derecho a la vida de la persona que se encuentra en el vientre materno y que constituye otra víctima más de ese hecho repudiable", N° 78).

Tampoco hay idoneidad, ya que "no se aplica el medio menos gravoso para reparar las consecuencias de la violación sino el más gravoso: el término de una vida humana" (N° 79). La proporcionalidad estricta también cae, ya que en vez de armonizar los derechos se sacrifica totalmente el derecho del no nacido.

Agrega la disidencia su preocupación por la vaguedad e indeterminación de las exigencias del Proyecto en relación con los diagnósticos médicos, advirtiendo que: "el proyecto de ley presenta aspectos abiertos y flexibles que abren espacio para la práctica de maniobras fraudulentas" (N° 83).

Termina señalando que se entrega elementos esenciales del derecho a la vida a la regulación reglamentaria y, por lo mismo, sería posible interponer recursos de protección en favor del no nacido.

b) Prevención del ministro Domingo Hernández

Comienza el previniente señalando que no comparte algunas premisas de la mayoría (N° 1), declarando:

i) el aborto no es el ejercicio la autonomía de voluntad de la madre ejercida sobre su propio cuerpo; b) el no nacido es una "forma de vida humana intrauterina, es decir, un ser humano vivo", desde la concepción;
ii) no es un derecho exclusivo de la mujer decidir sobre el aborto de un hijo, ya que la "reproducción humana incumbe a ambos padres";
iii) el Derecho no debe resolver lo que es una persona humana o la naturaleza humana,
iv) el Derecho "conoce un concepto de persona, *para efectos civiles*", asociada a efectos patrimoniales, pero eso no implica que el feto no sea "una forma de vida humana plena, solo que en otro estadio de evolución, sin derecho a la vida y disponible para la madre";
v) la vida humana es siempre un valor absoluto y no relativo. Las excepciones mencionadas (legítima defensa, etc.), se explican porque en ciertas circunstancias concretas una conducta es irreprochable o la norma no se aplica, pero ello no sirve para justificar, en abstracto, una ley de aborto y
vi) el aborto no puede considerarse sin más una prestación médica (con la valoración social, *e.g.*, de una apendicitis).

A continuación, la prevención defiende la constitucionalidad de las tres causales, pero "solo dentro de los estrictos límites y criterios" (N° 2) siguientes (los que se podrán imponer y controlar vía recurso de inaplicabilidad):

i) debe existir un conflicto real entre la vida de la madre y el no nacido que empuje al sacrifico necesario pero "volitivamente indirecto", o una situación real y concreta de no exigibilidad de otra conducta (no se puede actuar de otra forma),
ii) el aborto es un delito y por excepción no lo es: la ley exculpa a la mujer porque no es libre de decidir.

Luego precisa el entendimiento constitucional de las tres causales. Así, la única interpretación aceptable de la primera es que solo autoriza el aborto indirecto (no hay intención positiva de matar al no nacido), tal y como lo señala el voto de minoría. En relación con la segunda causal, su constitucionalidad supone que los médicos especialistas que emiten el diagnóstico sean perinatólogos o especializados en salud materno fetal, acreditados como tales por universidad que imparta dicha "experiencia" (no simples médicos obstetras). Ello como única forma de lograr un grado tolerable de certeza. Respecto de la tercera causal, ella no debe servir "como un subterfugio procesal para encubrir un aborto basado en otras motivaciones no relacionadas con un auténtico hecho criminal" (N° 3c), cuestión que se podrá controlar vía recurso de inaplicabilidad.

c) Prevención de los ministros Brahm y Vásquez

Sin perjuicio de lo señalado previamente en notas al pie sobre esta prevención, es relevante agregar que estos ministros señalaron de manera explícita:

> "no existe en norma alguna constitucional, un supuesto derecho general de las mujeres a abortar. En efecto, el aborto libre sin causales no está permitido constitucionalmente, y a ello se opone claramente la norma del inciso 2° del N°1 del artículo 19 Constitucional, que esboza como regla generalísima la protección del no nacido, cediendo ésta, únicamente, claro está, en casos excepcionales y calificados por el legislador, como los que el proyecto contempla" (N° 4).

## III. Análisis crítico de la sentencia

### *1. Consideraciones generales*

En la forma, se trata de un fallo extenso, el cual utiliza un lenguaje y un tono, particularmente en su primera parte, menos formal de lo común. Más aún, ciertos pasajes apelan a la utilización de recursos marcadamente retóricos (*e.g.*, "el embarazo dura un tiempo y la maternidad toda la vida", considerando centésimo noveno; "la mujer es persona humana", considerando trigésimo quinto).

Se puede observar, en algunas secciones, cierto apuro, cuestión que se refleja en una redacción no tan cuidada como la que usualmente emplea el

Tribunal[9] e, incluso, en la comisión de ciertas imprecisiones (*e.g.*, invocaciones al "Congreso Nacional" en vez de al legislador).

En cuanto al fondo, la sentencia es ambiciosa, por cuanto se refiere a una gran cantidad de temas, varios de los cuales no era estrictamente necesario abordar para zanjar la cuestión debatida. En algunos casos, tópicos de enorme importancia son solo enunciados, sin mayor explicación. Un buen ejemplo es el considerando cuadragésimo noveno, en el que se declara que el derecho a la vida supone "vivir una vida en condiciones dignas". Si bien las implicancias que se siguen de esto son de la mayor relevancia, no hay alusión a ellas, ni tampoco a los fundamentos de tal declaración.

El fallo es también confuso, en parte debido a la ya mencionada variedad de tópicos abordados, pero sobre todo en razón de la profusión de disidencias y prevenciones. La dispersión de opiniones es tal, que en ciertas materias pareciera no existir sentencia propiamente tal (*e.g.*, estatus jurídico del no nacido[10], criterios de interpretación constitucional[11]). Volveremos a este punto más adelante.

De manera adicional, pueden observarse ciertas contradicciones, tales como la pertinencia de la discusión sobre consideraciones de mérito o conveniencia de las medidas legislativas, el consentimiento del paciente como excluyente del aborto indirecto, o la importancia del criterio originalista para la interpretación constitucional[12].

Todo lo anterior redunda en una sentencia compleja de entender, no solo por el público en general sino, también, por la academia especializada e, incluso, por los jueces, quienes están llamados a darle aplicación.

Por último, se aprecia una preocupación constante del Tribunal, evidente tanto en el voto de mayoría como en las disidencias, por fundamentar o complementar su argumentación con abundantes citas a doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera. Mención especial merece la continua referencia a las presentaciones realizadas durante las audiencias públicas llevadas a cabo antes de los alegatos propiamente tales. Esas referencias demostrarían que lo que sucede en tales audiencias sí puede producir un impacto en las decisiones del Tribunal.

---

[9] Por ejemplo, se presentan numeraciones que luego, al ser desarrolladas, no coinciden plenamente con lo anunciado (considerando 33 y siguientes); se incurre en ciertos errores (e.g., "finalmente, para finalizar", considerando 32); el vocabulario no siempre es el más adecuado (e.g., "la sanción penal absoluta del aborto (...) choca con los derechos de la mujer", considerando, 115.), entre otros.

[10] Véase la prevención del ministro Hernández.

[11] Véase la prevención de los ministros Brahm y Vásquez.

[12] Contrástese lo declarado en el considerando trigésimo con el contenido del trigésimo primero. Si el criterio originalista no es tan relevante, como se afirma en el primero, no se explica la extensión y detalle del segundo para tratarlo (única entre todos los criterios de interpretación tratados).

## *2. Aspectos procesales*

En primer término, es necesario destacar que la sentencia se presenta de manera formal como una decisión de seis ministros contra cuatro, cuestión más aparente que real. En efecto, los dos capítulos de la sentencia (causales de aborto y objeción de conciencia) son aprobados por mayorías sustancialmente diferentes (y casi "opuestas" en cuanto a sus integrantes). Más aún, si bien la aprobación del aborto en tres causales recibió seis votos a favor, la prevención del ministro Hernández marca tal distancia respecto del texto del fallo de mayoría, que cuesta encontrar cuál podría ser la *ratio decidendi* común a los seis votos. Por el contrario, parece tratarse más bien de una "pluralidad", ya que un conjunto de ministros comparten el resultado de la sentencia, pero no sus fundamentos. Este punto es muy relevante, ya que, como dispone el artículo 20 de la ley N°17.977 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOTC):

> "Los acuerdos del Tribunal se regirán, en lo pertinente, por la norma del párrafo 2 del Título v del Código Orgánico de Tribunales, en lo que no sean contrarias a las de esta ley (...)".

Ahora bien, el artículo 85 del *Código Orgánico de Tribunales* dispone:

> "Se entenderá terminado el acuerdo cuando se obtenga mayoría legal sobre la parte resolutiva del fallo y sobre un fundamento, a lo menos, en apoyo de cada uno de los puntos que dicho fallo comprenda"

En síntesis, para que exista acuerdo, y por tanto sentencia, no basta que exista una mayoría de ministros que coincidan en la decisión, sino que también se requiere que tales ministros coincidan en al menos un fundamento de la misma, lo que hemos denominado, algo libremente, *ratio decidendi*. Por tanto, si el ministro Hernández no concurrió a ninguno de los fundamentos del voto de mayoría, el problema es severo. No se trata "solo" de una infracción a las normas legales que vinculan al Tribunal, sino que, en términos de realidad, no existiría sentencia en cuanto tal, ya que no habría producido el acuerdo necesario entre los ministros para ello. Ahora bien, reconocemos que lo anterior es controversial, ya que el cotejo entre el extenso voto de mayoría y la mucho más sintética prevención del ministro Hernández no es una tarea automática que arroje de forma fácil el resultado de incompatibilidad total entre los mismos. Volveremos a este punto en la sección siguiente.

Una arista adicional del tema antes señalado tiene relación con otro posible efecto de la prevención del ministro Hernández. Recordemos que parte importante de la misma se dedica a limitar el sentido y alcance que debe otorgarse a las tres causales, declarando expresamente que aquellas serían constitucionales "solo dentro de los estrictos límites y criterios" que

señala. En otras palabras, la visión del ministro Hernández es diferente a la del resto de los concurrentes al voto de mayoría en cuanto a la posible extensión de tales causales. Por tanto, ¿cuál de tales visiones debe entenderse vinculante, en particular para la Administración que dictará normas para la aplicación de las tres causales?

Una posibilidad es adoptar una postura "formalista" y remitirse al texto del voto de mayoría, dando una interpretación más amplia a las causales. La otra postura, más bien "substancialista", sería optar por la interpretación restrictiva del ministro Hernández. Esta segunda opción nos parece más atendible, toda vez que sólo existe voluntad colectiva del Tribunal respecto a esa parte. Toda interpretación de las tres causales que vaya más allá solo es constitucional para cinco ministros, no para el Tribunal como tal.

Ahora bien, podría señalarse que, aunque la prevención del ministro Hernández se considere completamente incompatible con el voto de mayoría, aun así existiría Sentencia. Ello por aplicación del artículo 8 de la LOTC:

> "Son atribuciones del Presidente: (...)
>
> g) Dirimir los empates, para cuyo efecto su voto será decisorio, salvo en los asuntos a que se refieren los números 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución Política".

En este caso el Tribunal está ejerciendo la atribución contemplada en el número 3° del artículo 93, por lo que el presidente del Tribunal tendría voto dirimente en caso de empate, que sería la situación en estudio si consideramos que la prevención del ministro Hernández es totalmente incompatible con el voto de mayoría. Si bien esta postura tiene cierto fundamento, nos parece que relaja en demasía el respeto por las formas. En efecto, la dirimencia es una atribución excepcional, y como tal debe utilizarse en forma prudente y como resultado de una voluntad expresa de hacerlo. No se trata solo de requisitos formales (que excluirían, por ejemplo, la existencia de una dirimencia "tácita" o "implícita") sino, también, de fondo. En efecto, la dirimencia supone que todo esfuerzo por llegar a un voto de mayoría ha fracasado. En el caso de autos, el ministro Hernández concurrió al acuerdo, dando la impresión –real o equivocada– a sus pares, incluyendo al presidente, de que existía una mayoría clara. Es difícil, por tanto, elucubrar sobre qué hubiera pasado si los ministros hubieran sido conscientes de que el ministro Hernández no compartía los fundamentos del fallo. Lo más probable es que se hubiesen buscado otros fundamentos, o el refinamiento o aclaración de los mismos, o la eliminación de algunos de ellos. Lo cierto es que no es posible saber qué hubiera ocurrido, lo que incluye el supuesto de si el presidente hubiese dirimido, forzando una posición más "dura", o hubiese preferido una postura más "suave" para conseguir una mayoría real tras el fallo. En definitiva, nos parece que es imposible saber con certeza qué hubiera sucedido si los ministros hubiesen tenido certeza acerca de los desacuerdos del ministro

Hernández y, por lo mismo, no es posible inferir la aplicación "tácita" de una institución excepcional, como lo es la dirimencia.

Ahora bien, en cuanto a los efectos prácticos que pudiera tener la discusión antes señalada, cabe realizar algunas precisiones. En primer término, es necesario reconocer que, en la práctica nacional, los agentes jurídicos (jueces, abogados, Administración), raramente conocen el detalle de los fallos del Tribunal. Por lo mismo, y salvo que medie la invocación de estos antecedentes por el interesado, es probable que los límites impuestos a las causales por la prevención del ministro Hernández no sean conocidos ni aplicados. A la inversa, sería esperable que el propio Tribunal sí sea consecuente con sus decisiones, por lo que en caso de conocer de esta materia vía inaplicabilidad, impugnación de un acto administrativo, etc., debería hacer respetar estos límites. El caso de la inaplicabilidad merece destacarse, no solo porque ahí es el interesado el que puede hacer valer la interpretación restrictiva de las tres causales sino, también, porque el propio ministro Hernández apeló expresamente a esta vía como una forma de evitar vulneraciones a tal interpretación restrictiva[13].

Esta última reflexión nos lleva a otro tema procesal relevante en el fallo, cual es la existencia y el uso del precedente. Como sabemos, en nuestro Derecho no existe la doctrina del *stare decisis*, vale decir, "el poder y la obligación de los tribunales de basar sus decisiones en decisiones previas"[14]. La noción de que lo que falla un tribunal (al menos su *ratio decidendi*), es vinculante para el mismo (y para sus inferiores) en el futuro, protege la certeza jurídica y la igualdad ante la ley, permitiendo a los diversos agentes adecuar su conducta a los cánones exigidos por la jurisprudencia, en cuanto verdadera y directa fuente del Derecho. A la inversa, nuestros tribunales son, en teoría, libres para apartarse de sus decisiones anteriores así como de aquellas emitidas por sus superiores.

En el caso del Tribunal Constitucional, sin embargo, la noción del precedente tiene gran relevancia, particularmente en relación con la naturaleza de las materias que resuelve. En efecto, de trata de decisiones que normalmente tendrán influencia más allá del caso específico en cuestión, ya que suelen vincularse a definiciones jurídicas más bien generales. Más aún, en materia de derechos fundamentales, una labor fundamental desarrollada por los tribunales constitucionales ha sido precisamente la definición de sus contenidos, contornos y limitaciones. Como es evidente, tal tarea posee una vocación de aplicación general, y así lo entienden los agentes del Derecho (doctrina, abogados litigantes, tribunales), quienes recurren de manera asidua a las decisiones del Tribunal para conocer el "estado de la cuestión" en estas materias. Así ocurre por lo demás en Derecho Comparado: las jurisdic-

[13] Prevención del ministro Hernández, N° 2 letra c) y N° 3.

[14] Merryman (1985), p. 22. Traducción propia.

ciones constitucionales tienden a producir –o al menos aspiran a ello– una doctrina de aplicación más bien general y no meramente casuística.

Cabe, asimismo, considerar que, en el caso de los tribunales constitucionales, el seguimiento de los precedentes presenta una importancia singular. La coherencia de la dogmática que emana de sus fallos es fuente insustituible de su autoridad y de su capacidad efectiva para limitar el poder. En efecto, al seguir sus precedentes, el Tribunal demuestra que está aplicando un derecho que va más allá de la contingencia y de las preferencias personales (políticas, religiosas, morales, etc.) de cada ministro. El juez constitucional, de esta forma, se autolimita, renunciando a un protagonismo personal en favor de la aplicación de un derecho de carácter más objetivo, aplicable por jueces muy diversos en sus convicciones personales. Del mismo modo, se refuerza también la autoridad de las decisiones del Tribunal al independizarlas de la contingencia política.

Como adelantamos, ni la Constitución ni la LOCT consagran la institución del precedente[15]. Sin embargo, ello no obsta a que, en los hechos, la coherencia de las sentencias constitucionales sea muy valorada. Es por ello que podemos observar el constante esfuerzo del Tribunal por fundamentar sus fallos en decisiones anteriores, citando expresa o implícitamente, en forma genérica o específica, diversos roles pasados y líneas jurisprudenciales establecidas. Vemos entonces cómo el propio Tribunal se esfuerza en demostrar que aplica una doctrina uniforme que trasciende la subjetividad y las convicciones de sus ministros en ejercicio.

En todo caso, resulta conveniente aclarar que la aplicación del precedente no es automática. Situaciones aparentemente similares pueden ser distinguidas por los tribunales, autorizando, de esa forma, el empleo de una solución diferente. Más aún, los precedentes pueden ser cambiados por los mismos tribunales. Lo importante aquí es que se explique por qué se decidió abandonar el precedente, así como el alcance de tal decisión. En definitiva, el precedente no "amarra" de manera inexorable a los jueces, pero les obliga a justificar convincente y contundentemente su decisión de apartarse del mismo.

Ahora bien, en el caso de la sentencia, se hace patente la importancia del precedente, dedicándole, incluso, un párrafo especial[16]. Se señala en él que existirían dos precedentes contradictorios ("dos doctrinas que no dialogan entre sí"), y la consecuente necesidad de resolver el punto. Lo curioso es

[15] Cabe recordar que durante casi toda la tramitación de la reforma a la LOTC aprobada el año 2009 (ley N° 20.381.), se contempló la posibilidad de consagrar expresamente esta institución, obligando al Tribunal a justificar el abandono de sus precedentes. Esta propuesta, sin embargo, fue eliminada en comisión mixta sin mayor explicación. Véase Arellano (2012), pp. 188-193.

[16] Considerandos vigésimo al vigésimo quinto. Véase también el considerando quincuagésimo primero.

que los fallos identificados como contradictorios no parecen serlo. Por una parte, está la sentencia rol N° 220-1995 sobre la muerte encefálica y, por otra, el fallo rol N° 740-2007 sobre la píldora del día después[17]. El voto de mayoría afirma que existirían dos contradicciones entre ambas decisiones:

i) en la primera deja al legislador la determinación de cuándo una persona está muerta, mientras que la segunda señalaría que el constituyente habría definido el momento en que comienza la vida y
ii) en la primera se señala que hay vida desde el nacimiento en la segunda, desde la concepción.

A nuestro juicio, la invocación del rol N° 220-1995 en cuanto precedente es algo forzada, y pareciera responder a la necesidad de "equilibrar" el mucho más claro precedente establecido por el rol N° 740-2007. En efecto, este último se refería expresamente al comienzo de la vida (la concepción), la naturaleza del no nacido (persona), y el estatus del mismo (igual dignidad y titularidad de derechos fundamentales), cuestiones todas directamente atingentes al caso en estudio. El rol N° 220-1995, en cambio, si bien se refiere a las competencias del legislador en relación con materias vinculadas a la vida y a la muerte[18], se focaliza de manera exclusiva en esta última, así como en una serie de otros argumentos y consideraciones que no se refieren en nada a la causa en actual discusión. Más aún, dicho fallo declara expresamente que la Constitución reconoce y regula la vida antes del nacimiento[19], y cuando se refiere al título II del libro I del *Código Civil* ("Principio y fin de la existencia de las personas"), señala de forma explícita que "Para este proceso, interesa el concepto jurídico que se tiene del fin de la existencia de las personas naturales"[20].

En síntesis, el Tribunal invoca dos precedentes, declarando una suerte de "empate" que le daría mayor libertad en la causa actual. Sin embargo, ambos precedentes no son iguales en cuanto a su especificidad y la aplicabilidad de sus *ratio decidendi* al caso en discusión. Claramente el rol N°740-2007 era el caso que "controlaba" la situación, y de ahí que afirmemos que la invocación al rol N° 220-1995 haya sido más bien forzada.

En definitiva, el fallo decide apartarse expresamente del precedente del rol N° 740-2007, señalando que el comienzo de la vida corresponde definirlo al legislador, quién estaría "más capacitado y legitimado para resolver esta controversia" (considerando quincuagésimo primero). Como hemos señala-

[17] Llama la atención que la sentencia haga presente que, luego del fallo que declaró la inconstitucionalidad de la píldora del día después, el legislador haya aprobado su distribución. En efecto, pareciera condonar un acto de abierto desacato del legislador al Tribunal y al principio de Supremacía Constitucional. Véase el considerando vigésimo cuarto.

[18] Véase en particular el considerando noveno.

[19] Considerando sexto.

[20] Considerando cuarto.

do, esto está dentro de las posibilidades del Tribunal, pero se hubiera requerido mayor y más convincente justificación que la ofrecida[21], sin que fuera necesario forzar la presencia de otro precedente supuestamente contradictorio.

### *3. Conflictos de fondo*

#### a) Constitucionalidad de las tres causales de aborto

A nuestro juicio, la definición fundamental que estructura la aproximación jurídica-constitucional a las leyes de aborto, aquí y en Derecho Comparado, es si el no nacido es o no persona. Si es persona, es titular de todos los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (artículo 1° inciso 1°), incluyendo por supuesto el derecho a la vida (artículo 19 N° 1). Más aún, si es persona, es inconcebible utilizarla como medio para otros fines, incluyendo el bienestar se la madre (artículo 1 inciso 4°). Si el no nacido es persona, por tanto, se hace imposible justificar el aborto (al margen del riesgo vital de la madre, situación que en estricto rigor recibe otro nombre), ya que la destrucción de una persona es un fin intrínsecamente ilegítimo a los ojos de la Constitución. Por el contrario, si el no nacido no es persona, sino solo un bien jurídico protegido, se abre la posibilidad de regular casos en que su protección deba ceder frente a otros derechos o bienes jurídicos fundamentales.

Se entiende entonces la importancia del considerando cuadragésimo del voto de mayoría. En él se declara de manera expresa: "la Constitución no le otorga al que está por nacer la categoría de persona. Ello no obsta a que sea un bien jurídico de la mayor relevancia". Consecuentemente, el no nacido no tiene derechos fundamentales (considerando sexagésimo) y, por tanto, se define la cuestión sometida a conocimiento del Tribunal como el examen de "una medida o decisión legislativa que pondera razonablemente, entre un derecho fundamental y un interés protegido legalmente". Dado este encuadre, no sorprende la decisión contenida en la sentencia, ya que se parte de la

> "necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un nascituru, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una mera expectativa de persona" (considerando cuadragésimo).

Si bien no es el objetivo de este trabajo revisar la extensa discusión existente sobre este tópico, sí quisiéramos destacar la innecesaria amplitud y crudeza en la redacción del fallo. En causas sumamente controversiales como esta, que dividen de manera profunda a las sociedades, los tribunales tienden a utilizar ciertas técnicas "minimalistas"[22]. Esto es, deciden en forma

[21] Contrástese con el voto de minoría de los ministros Peña; Aróstica; Romero y Letelier (N°s 20, 34 y 37).

[22] Sunstein (2001).

"estrecha", utilizando soluciones lo más apegadas posible al caso específico, evitando amplias definiciones que sean susceptibles de aplicación en una diversidad de circunstancias. La intención es ir abordando y decidiendo estas materias "paso a paso", sin adelantar o predefinir situaciones futuras. En contraste, la sentencia optó por una declaración sumamente general respecto del estatuto del no nacido, la cual podría tener enormes consecuencias en una serie de situaciones presentes o futuras, en particular a la luz de los rápidos avances de la ciencia. Piénsese, por ejemplo, en situaciones de clonación, modificación genética, embarazo extrauterino, manipulación de embriones, entre otras. En todas ellas, el fallo rebaja de forma radical la posición del no nacido, exponiéndolo a todo tipo de vulneraciones en razón de los derechos fundamentales de otros o, incluso, de bienes jurídicos indeterminados invocados por el Estado.

Ahora bien, la prevención del ministro Hernández se aleja de la doctrina ya señalada. Si bien declara que no corresponde al Derecho resolver si el no nacido es persona humana, reconoce que se trata de "una forma de vida humana plena solo que en otro estadio de evolución (...) La calidad humana del feto es clara y evidente por sí misma" (N° 1c). Así, se trataría de "una forma de vida humana intrauterina, es decir, un ser humano vivo" (N° 1a).

Como ya señalamos, ante la falta de consentimiento del ministro Hernández, secciones importantes de la sentencia no pueden considerarse, en estricto rigor, como tal. Esto se aplica a la declaración del no nacido como no-persona, doctrina que no debe considerarse como propiamente emitida por el Tribunal, sino solo por la mitad de sus ministros, en abierta y expresa contradicción con la otra mitad[23], así como con el precedente más directamente aplicable del propio Tribunal (rol N° 740-2007).

Otro punto relevante de la sentencia es su expreso desconocimiento del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, el cual dispone:

> "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Este texto es explícito en señalar el origen de los derechos: la naturaleza humana. En consecuencia, en el caso en cuestión, aun cuando el no nacido no fuera considerado persona, bastaría con reconocer su naturaleza humana, su pertenencia a la especie humana, para colegir que aquel sería

[23] Véase el voto de minoría, en particular el N° 38, y la disidencia del ministro Hernández N° 1, letras a y c.

titular de todos los derechos fundamentales que consagra la Constitución, incluyendo el derecho a la vida[24].

Evidentemente, la sentencia necesitaba lidiar con este argumento. Lo sorprendente es la forma en que lo hizo. En efecto, señala que solo deben respetarse y promoverse los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales (considerando septuagésimo cuarto), para lo cual se citan diversas disposiciones de la Constitución que señalarían que es aquella quién "establece" –y no solo reconoce o garantiza– derechos fundamentales. Si bien se entiende el cuestionamiento a una norma evidentemente iusnaturalista[25] por quienes adhieren a otras corrientes de pensamiento jurídico, se trata de un argumento que rompe un principio interpretativo fundamental en materia de derechos. En efecto, tanto el sistema interno como el sistema internacional de derechos fundamentales procuran la mayor protección posible de aquellos. Ello se concretiza en una serie de herramientas jurídicas, tales como el principio *pro homine*, el principio *favor libertatis*, la denominada *interpretación conforme*, entre otras. El sentido de estas herramientas es realizar una interpretación de normas que arroje siempre la mayor protección posible de derechos fundamentales. Por lo mismo, la declaración de la sentencia es asombrosa, ya que va en el sentido contrario, al mutilar la interpretación corriente del artículo 5°, reduciendo los derechos ahí reconocidos –y el contenido de los mismos– solo al listado incorporado en la Constitución o en tratados internacionales. Aunque el uso de esta argumentación pudiera justificarse para los partidarios de la sentencia, no cabe duda de que se trata de una victoria pírrica, la cual puede tener perniciosas consecuencias a futuro. Mención aparte merecen los argumentos utilizados por el fallo para sostener su postura. En vez de utilizar los conocidos y sofisticados argumentos esgrimidos por diversas corrientes de pensamiento en contra del iusnaturalismo, se recurre a una dudosa interpretación literal de ciertas normas constitucionales, así como a consideraciones derechamente curiosas[26].

Existen otros puntos del voto de mayoría que llaman la atención. En primer término, la discusión sobre el comienzo de la vida. Aquí no se entiende por qué era necesario tratar esta materia, desautorizando de paso la sentencia rol N° 740-2007 antes mencionada, la que declaraba que la vida comenzaba con la concepción. Curiosamente, el voto de mayoría sostiene que tal posición:

[24] Véase la versión del voto de mayoría sobre este argumento en el considerando septuagésimo tercero.

[25] Cfr. Cea (2015), p. 263 y ss.

[26] Véase, en particular, el argumento acerca de la incorporación del derecho a crear y difundir las artes al artículo 19 N° 25 de la Constitución, el cual –se afirma– no tendría sentido si los derechos emanaran de la naturaleza humana (considerando septuagésimo cuarto).

> "implica establecer inmediatamente una separación y un interés contrapuesto entre la madre y el embrión o feto. También implica establecer una jerarquía, pues la madre pasa a ser el lugar donde el embarazo transcurre y donde la madre tiene poco que hacer o decir" (considerando quincuagésimo segundo).

Esto es bastante confuso. Si la vida no comienza con la concepción, ¿cuándo lo hace?, ¿con la anidación?, ¿cuándo se desarrolla el sistema nervioso?, ¿después? ¿Y en qué afecta eso a la relación entre madre e hijo? Al parecer, la sentencia está pensando más bien en un no nacido con calidad de persona, quien desde su concepción presentaría "intereses contrapuestos" a su madre. Sin embargo, la misma sentencia ya había declarado que el no nacido no es persona, sino solo un "interés protegido legalmente". Por lo mismo, no se vislumbra cómo podría oponerse –e imponer sus derechos "jerárquicamente" superiores– a la madre. Si ya se resolvió que el no nacido no tiene derechos fundamentales, no se entiende en qué puede influir a este respecto el momento en que comienza la vida. Y más aún, se evidencia una contradicción adicional al señalar, por una parte, que es el Congreso Nacional (el legislador en realidad) quien debe decidir cuándo comienza la vida (considerando quincuagésimo primero) y, por otra, descartar de plano que comience desde la concepción (considerando quincuagésimo segundo).

Una cuestión adicional de la sentencia que merece destacarse es la extraña aplicación que hace del test de proporcionalidad. Sabemos que este no es un test uniforme, sino que varía sustancialmente entre distintas jurisdicciones, y que además ha sido aplicado en forma muy diversa por nuestros tribunales y, en particular, por el Tribunal Constitucional[27]. No obstante, se aprecian en la sentencia ciertos elementos llamativos. En primer término, el fallo decide aplicar el test al "alegato de los requirentes" en cuanto a que "la mejor manera de proteger al que está por nacer es mediante medidas penales" (considerando centésimo decimotercero). Como sabemos, la proporcionalidad se aplica a un acto, medida o norma que interfiere con un derecho fundamental[28]. De esta forma, el enmarque que realiza el Tribunal no es el más feliz, si bien podría reformularse como la proporcionalidad de la penalización del aborto en relación con los derechos de la mujer. Aun así, sin embargo, se producen distorsiones. En efecto, al aludir a la idoneidad de la norma, se le impone la carga de ser "la más eficaz para proteger al no nacido" (considerando centésimo decimocuarto), cuestión que excede con creces el entendimiento ordinario de la idoneidad. Aquella es la adecuación entre medio y fin, la cual puede ser interpretada en forma más o menos

[27] Covarrubias (2014).

[28] Sobre proporcionalidad, véase Barak (2012); Urbina (2017).

demandante, pero nunca como la exigencia del medio más eficaz[29]. Junto con ello, la sentencia declara que la penalización del aborto no sería idónea para proteger al no nacido, por cuanto existirían más de treinta mil abortos hospitalarios al año (además de los clandestinos), y solo ciento cuarenta y ocho mujeres condenadas entre 2005 y 2016. ¿Quiere decir el Tribunal que la medida penal, para ser idónea, debe ser capaz, por sí sola, de impedir la conducta delictiva?, ¿o al menos de lograr la condena de la mayoría de los delitos cometidos? Si es así, la lógica del Tribunal nos llevaría a declarar no proporcionales, e inconstitucionales, delitos como: el robo, el hurto, la usura, etc.[30]. La tipificación penal no responde a esa lógica, no solo por los efectos simbólicos y disuasivos de la pena sino, también, porque, en cuanto última *ratio*, supone la complementación por otro tipo de medidas dispuestas por el ordenamiento jurídico para atacar el problema en cuestión.

En cuanto al análisis de necesidad, este requiere que el medio empleado para lograr el fin sea el menos lesivo para el derecho intervenido o afectado. Ahora bien, la sentencia declara, sin más, que al ser el Derecho Penal última ratio, "por definición, hay otras medidas menos lesivas" (centésimo decimoquinto). Esta afirmación es sorprendente: ¿significa entonces que toda tipificación es siempre no proporcional y, por tanto, inconstitucional? Evidentemente esto sería absurdo. El examen de necesidad obliga a considerar las distintas medidas disponibles en el contexto dado, con la mirada siempre dirigida al fin que se quiere lograr. En ciertas ocasiones, habrá que recurrir a medidas penales. El hecho de que estas sean última *ratio* no significa que no puedan ser utilizadas, sino que exigen, justamente, tomar conciencia de que se trata de medidas excepcionales que se adoptan cuando otras menos gravosas no servirían para enfrentar el problema a cabalidad. En otras palabras, la naturaleza penal de la prohibición del aborto no excluye el análisis de necesidad, sino que lo enmarca dentro de ciertas consideraciones que lo podrían hacer más exigente. Y para mayor confusión, la Sentencia termina este considerando señalando: "la sanción penal absoluta del aborto, sin causales de excepción, choca con los derechos de la mujer". Más allá del libre uso del lenguaje, podría interpretarse que el Tribunal está diciendo que es la prohibición total del aborto lo que no responde al criterio de necesidad. Dicha postura haría mucho más sentido que la declaración general de no-necesariedad del Derecho Penal, pero era imprescindible su desarrollo argumental, cuestión que lamentablemente se omitió.

En relación con el elemento del balance, el Tribunal se limita a señalar de manera escueta: "se contrastan los derechos de la mujer con un bien

[29] Véase Covarrubias (2012).

[30] Este absurdo podría aplicarse también fuera del ámbito penal: si la obligación de colocar fotos "repelentes" o "de advertencia" en cajetillas de cigarros no logra prevenir su consumo, ¿sería dicha obligación, por ese sólo hecho, no proporcional e inconstitucional?

jurídico protegido" (considerando centésimo decimosexto), lo que parecería indicar que el resultado de cualquier ponderación está ya definido en favor de la madre. La justificación posterior es mínima y no entra en mayores detalles más allá de señalar que las causales en estudio se referirían a "cargas excesivas" para la mujer. A este respecto, destacamos que este balance estaba predeterminado por la definición previa que había hecho el Tribunal en cuanto al estatus de no nacido, en cuanto no-persona y, por tanto, tampoco titular de derechos fundamentales. Sin esta definición, el balance podría haber sido muy distinto. En efecto, nos encontraríamos, por una parte, con el derecho a la vida del no nacido e, indirectamente, todos los demás derechos fundamentales, dado que la vida es el sustento de todos ellos[31]. Por otra parte, deberíamos considerar los derechos de la mujer a la integridad física y psíquica, así como el derecho a la vida y a la salud de la madre (sabemos que la autonomía corporal no es un derecho reconocido como tal por nuestro ordenamiento constitucional). Ahora bien, salvo cuando se pone en riesgo la vida de la madre, el método de balance de derechos nos indica lo siguiente. Si prima el derecho a la vida del no nacido, se suspenden *temporal* y *parcialmente* los derechos de la madre antes mencionados. Recalcamos que se trata de una suspensión y no de una vulneración permanente. Además es parcial, ya que la madre sigue pudiendo ejercer los derechos afectados en un sinnúmero de ámbitos (solo deja de ejercerlos en relación con la decisión de abortar). Por el contrario, si prima el derecho de la madre, el derecho a la vida del no nacido (y de forma indirecta todos los demás derechos), se ve vulnerado en forma *definitiva* y *absoluta*. Y es que el derecho a la vida no admite suspensiones o vulneraciones parciales: su mínima afectación implica la desaparición irreversible del derecho. En definitiva, el argumento es simple: si el no nacido es persona y tiene derechos fundamentales, permitir el aborto, salvo en el caso de riesgo vital efectivo de la madre, produce una afectación mucho más radical de derechos fundamentales que su prohibición.

Otro aspecto a destacar es el tema del plazo (doce o catorce semanas de embarazo como máximo para poder invocar la causal de violación). En efecto, la imposición de plazos máximos para abortar, así como la movilidad de los mismos, es común en el Derecho Comparado[32]. Llama la atención, sin embargo, las razones invocadas por el Tribunal para su establecimiento. No se trata de argumentos vinculadas a la viabilidad fetal (aun imposible con tan pocas semanas), o al desarrollo del sistema nervioso del no nacido, o a otras situaciones comunes en Derecho Comparado. Según la sentencia, se debe a:

[31] Tribunal Constitucional (2008), rol 740-2007, considerando quincuagésimo quinto: "la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales".

[32] Esto ya se aprecia en el célebre Roe v. Wade, 410 US 113 (1973).

i) las violaciones con embarazo afectan a niñas, las cuales pueden no darse cuenta del embarazo hasta que este es evidente y
ii) el aborto es más peligroso para la madre a medida que aumenta el embarazo.

En relación con i), cabe preguntarse por qué ese número de semanas y no otro, y si la razón es la minoría de edad, por qué se ha de aplicar dicho plazo también a las mayores de edad. En relación con ii), si dicho riesgo es tan relevante, ¿por qué no emplearlo también en la causal de inviabilidad fetal? Como se observa, ambas razones no son capaces de establecer una sólida relación medio-fin. Más aún, se agrega que el legislador entendería que, después de transcurrido el plazo las mujeres habrían "renunciado a dicha interrupción", inferencia muy cuestionable. En definitiva, nos parece que el establecimiento de un plazo para la tercera causal no presenta un sustento jurídico suficiente y demuestra arbitrariedad por parte del legislador.

Finalmente, en cuanto al contenido específico de las tres causales de aborto, debe tenerse en cuenta la prevención del ministro Hernández. Como vimos en la síntesis del fallo, dicha prevención interpreta las causales de forma restrictiva, señalando que otro entendimiento de las mismas sería inconstitucional e, incluso, reclamable mediante el recurso de inaplicabilidad. En dos palabras, la primera causal correspondería solo a la hipótesis de aborto indirecto, la segunda debería ser acreditada por médicos especialistas (no solo obstetras sino perinatólogos o similares), y la tercera exigiría la ocurrencia auténtica del "hecho criminal".

Como es evidente, la postura del ministro Hernández restringe en forma considerable la aplicación concreta de las causales. Ahora bien, más allá de la discusión jurídica abstracta, antes referida, acerca de cuál es el contenido efectivo de la sentencia (lo que señala el ministro Hernández, o lo que aparece en el voto de la mayoría y que él rechaza), la opinión del ministro Hernández pudiera terminar imponiéndose en futuros fallos del Tribunal. En efecto, de no seguirse los postulados de la prevención, es de presumir que el voto del ministro estaría disponible para acoger una inaplicabilidad u otro tipo de impugnación constitucional, eventualmente cambiando la mayoría dentro del Tribunal e imponiendo, por esa vía, una interpretación sustancialmente restrictiva de las causales legales de aborto. Se trata, sin embargo, de una situación eventualmente transitoria, dado que la composición del Tribunal variará prontamente en razón de la expiración del mandato de algunos ministros[33].

Algo similar puede apreciarse en relación con la invocación de la objeción de conciencia en casos en que el plazo para realizar el aborto por viola-

[33] Durante el año 2018 cesan en funciones los ministros Carmona y Peña. Cabe, además, destacar que la presidencia del Tribunal –y su voto dirimente en algunas materias– recae ahora en el ministro Aróstica, y no en el ministro Carmona, como ocurría durante la dictación de la sentencia.

ción (doce o catorce semanas) está por vencer en forma inminente. Si bien la sentencia declaró inconstitucional la limitación de la objeción de conciencia en tal situación, los ministros Brahm y Vásquez previnieron que concurrían al fallo "en el entendido que esa inminencia en el plazo es la suficiente para efectuar el traslado de la mujer a otro establecimiento" (N° 10) para que pueda realizarse el aborto dentro de plazo. Al igual que la situación anterior, surgen dudas respecto de cuál es el contenido real de la sentencia en esta materia, si el propuesto por los cinco ministros que concurrieron al voto de mayoría, o el de los dos ministros que, si bien concurrieron a dicho voto, lo hicieron sobre una base más restringida). Nuevamente, es posible que futuros fallos del Tribunal intenten hacer efectiva la interpretación restrictiva, al menos mientras no cambie la actual composición de ministros[34].

b) Objeción de conciencia

En cuanto a la objeción de conciencia, quisiéramos destacar de manera sucinta tres asuntos. El primero tiene relación con la extensión que hace la sentencia de la objeción de conciencia a las personas no profesionales llamadas a realizar un aborto (el Proyecto solo permitía invocarla a profesionales). Sin entrar al fondo de esta cuestión, ya que nos parece que la discriminación en contra de los no profesionales era evidente (artículo 19 N° 2 de la Constitución, en particular su frase final), resulta importante resaltar que fue acordada por ocho votos contra dos. Es decir, la inconstitucionalidad de reducir la objeción de conciencia a las personas profesionales fue la única sección de la sentencia que obtuvo un amplio consenso entre los ministros y, por tanto, reflejaría en propiedad la doctrina del Tribunal. Adquiere, así, una autoridad de la que carece el grueso de la sentencia, constituyendo un precedente sustancial y no solo formal.

El segundo punto tiene relación con una confusión que el voto de mayoría intenta, al menos en parte, aclarar. Es así como la objeción de conciencia, en sentido estricto, corresponde solo a las personas naturales, ya que solo aquellas poseen conciencia. Otra cosa es que las instituciones puedan invocar otro derecho, como la libertad de asociación (o la libertad de enseñanza, o la libertad religiosa), para poder eximirse de realizar actos que contravengan su ideario institucional. Del mismo modo, debe considerarse que en nuestro sistema jurídico se reconoce y protege la autonomía de los cuerpos intermedios para cumplir con sus fines (artículo 1° inciso 3° de la Constitución). Así, por ejemplo, si uno de los fines esenciales de una institución consiste en promover y proteger la vida humana, mal podría obligársele a realizar abortos.

La sentencia, si bien mantiene la nomenclatura de "objeción de conciencia" de las instituciones, al menos precisa que el fundamento último de

[34] Véase supra nota N° 36.

la misma son los derechos y libertades antes señalados (asociación, enseñanza, religión), así como la autonomía de los cuerpos intermedios. Por su parte, la prevención de los ministros Brahm y Vásquez pareciera invocar, para declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, exclusivamente la autonomía de los cuerpos intermedios. En consecuencia, al menos sobre este último fundamento existirían siete votos a favor, por lo que se aplicaría lo ya señalado, en cuanto al mayor consenso y autoridad de esta parte del fallo en cuanto expresivo de la doctrina del Tribunal.

Por último, cabe considerar que este es el primer fallo del Tribunal que trata en forma específica y detallada la objeción de conciencia, consecuencia natural de que el Proyecto fuera la primera norma legal en Chile que hiciera otro tanto. Por tanto, la sentencia marca un hito importante al fijar ciertos puntos esenciales en relación a esta institución, a saber:

i) la objeción de conciencia goza de sustento constitucional (por lo que no necesita ser creada por el legislador);
ii) debe aplicarse en forma no discriminatoria a quienes se encuentren en una situación similar y
iii) las personas jurídicas pueden invocar algo similar a través de su autonomía constitucionalmente reconocida (siete votos), y eventualmente de las libertades de asociación, religión y enseñanza (cinco votos).

## IV. Algunas consideraciones prospectivas

### *1. ¿Existe un derecho fundamental a abortar?*

Una cuestión de primordial importancia que se ha planteado con posterioridad a la dictación del fallo es su eventual tolerancia a formas más amplias de aborto. En otras palabras, ¿podría interpretarse la sentencia como una puerta abierta al aborto libre? o, planteado de otra forma, ¿podría aseverarse que el fallo reconoce un derecho fundamental a abortar?

Cabe destacar que considerar al aborto como derecho fundamental tendría enormes efectos sistémicos que exceden, con mucho, al caso en discusión. Es así como sería muy difícil justificar cualquier restricción al aborto por parte de legislador[35]. Por lo mismo, no tendría ningún sentido limitar su procedencia a las tres causales que contempla el Proyecto si, de manera subrepticia, se está intentando crear un derecho fundamental. Ello por cuanto la naturaleza misma del derecho fundamental impide que su ejercicio sea excepcional. A la inversa, la excepción sería no poder ejercerlo, y tales situaciones deberían ser muy bien justificadas. Así, nuevos proyectos que

[35] Rivers (2002), pp. xx-xxi.

contemplaran múltiples formas de aborto e, incluso, aborto completamente libre, podrían ser plenamente consistentes con la visión del aborto como derecho fundamental.

Al respecto, cabe recordar que el Proyecto no solo despenalizaba el aborto, es decir, eliminaba la sanción penal de la conducta, sino que parecía reconocer un verdadero "derecho a abortar". Así, por ejemplo, tanto el Mensaje que dio origen al Proyecto, como el texto final del mismo, se refieren continuamente al término 'prestación' para referirse al aborto. Dicho vocablo, en la terminología propia y específica de los derechos fundamentales, tiende a reservarse para acciones estatales –normalmente la entrega de algo, de forma directa o a través de particulares–, que sirven de contrapartida a un derecho fundamental. En otras palabras, la titularidad de un derecho fundamental permite exigir ciertas prestaciones. Así parece entenderlo también nuestra Constitución, al utilizar la palabra en comento solo en el artículo 19 N° 18, referente al derecho a la seguridad social. En él se señala: "La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes..."[36], lo que pareciera confirmar lo antes señalado.

Junto con lo anterior, debemos recordar que el Proyecto imponía la obligación al equipo médico de realizar el aborto solicitado dentro de las tres causales (en ciertas ocasiones, aun si se cumplían los requisitos para la objeción de conciencia que reconocía el mismo Proyecto). En Derecho, lo normal es que las obligaciones sean la contrapartida de un derecho, en este caso, el de la madre a abortar. Más aún, desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales, cabe señalar que la obligación que imponía el Proyecto sobre el equipo médico podía afectar de modo severo los derechos fundamentales de tales personas (en particular la libertad de conciencia y religión, la integridad psíquica y la libertad de trabajo). Ahora bien, sabemos que la afectación de derechos fundamentales debe justificarse en forma exigente, y normalmente se hace invocando otro derecho fundamental; en este caso, el "derecho fundamental" a abortar. De lo contrario, deben invocarse bienes jurídicos de relevancia constitucional, cuestión que es más difícil de justificar, y que exige una argumentación explícita y precisa que no está presente en el caso en estudio. En síntesis, la justificación para afectar los derechos fundamentales del equipo médico era justamente la existencia de un derecho al aborto de la madre. Si bien el fallo, al ampliar de manera considerable la objeción de conciencia, neutralizó gran parte de lo antes señalado, ello no despejaba la duda acerca de si el Proyecto suponía la existencia de un derecho fundamental al aborto.

Frente a lo anterior, nos parece claro que la sentencia no reconoce un derecho fundamental a abortar. Es cierto que algunas argumentaciones del

[36] Existe otra referencia a la palabra 'prestación', pero se hace en un contexto y con una acepción completamente diferentes (artículo 11 N° 2).

fallo podrían dar la impresión contraria. En particular nos referimos a la declaración del no nacido como no-persona, carente de derechos fundamentales. Ello por cuanto siempre será difícil que los intereses de esta "no persona" –en particular el mantenimiento de su vida– logren imponerse a los derechos fundamentales de una "persona plena, de una mujer o una madre con un proyecto vital en pleno desarrollo en el mundo" (considerando cuadragésimo).

No obstante, una visión de conjunto de la sentencia demuestra que, si bien consagra declaraciones innecesariamente amplias, continuamente se enfoca a justificar las tres causales específicas, y cómo se trataría de situaciones excepcionales que exigirían un sacrificio desproporcionado a la madre. Y si queda alguna duda, cabe revisar la prevención de los ministros Brahm y Vásquez, así como la prevención del ministro Hernández. Esta última ya ha sido comentada, y demuestra, con claridad, una visión sumamente restrictiva de las tres causales, lo que es incompatible con la visión del aborto como derecho fundamental. A su vez, debemos recordar que los ministros Brahm y Vásquez señalan de forma expresa en su prevención que: "no existe en norma alguna constitucional un supuesto derecho general de las mujeres a abortar", y que protección constitucional del no nacido solo cede "en casos excepcionales y calificados por el legislador, como los que el proyecto contempla"[37] (N° 4).

De esta forma, resulta claro que, al menos para una mayoría sustancial del Tribunal, no existe un derecho fundamental a abortar, por lo que no podría darse dicha interpretación al fallo, ni tampoco podría esperarse que una nueva ley de aborto, menos restrictiva, aprobara un control de constitucionalidad.

A nuestro juicio, la sentencia es en esto correcta, ya que no existe un derecho fundamental a abortar. En efecto, existen diversos criterios para calificar un derecho como fundamental: su universalidad, su "cercanía" a la dignidad humana, su carácter "básico", su posición de supremacía o jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, su permanencia o estabilidad, su vinculatoriedad para el ejercicio de funciones públicas, su positivización en constituciones y tratados internacionales, su generalidad, su exigibilidad inmediata, su importancia para el desarrollo de las personas, su protección vía mayores exigencias procedimentales, entre otros[38].

La multiplicidad de criterios para determinar la "fundamentalidad" de un derecho ha sido reconocida por el Tribunal en la sentencia rol N°1710 (considerando octogésimo noveno y siguientes), destacando expresamente que "la definición de derecho fundamental está vinculada a su verifica-

[37] Prevención ministros Brahm y Vásquez, Nº 4.

[38] Véase Aldunate (2008), p. 47 y ss.; Ferrajoli (2006), p. 117 y ss.; Torres del Moral (1997), pp. 151-155; Carpizo (2011), pp. 14-24; Vidal (2001), pp. 80-81 y 90-93; Rivers (2002), p. xix; Hoffman (1987), p. 527 y ss.

ción positiva" (considerando nonagésimo primero). Sin embargo, ni nuestra Constitución, ni los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes establecen un derecho al aborto. La Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha reconocido tal derecho[39]. Es más, la Corte Europea de Derechos Humanos tampoco lo ha hecho, no obstante que la gran mayoría de sus Estados miembros contemplan el aborto en sus legislaciones internas[40].

Del mismo modo, no existe un derecho al aborto en nuestra tradición constitucional, que es la llamada a reconocer derechos fundamentales, otorgándoles así la antes señalada jerarquía superior dentro del ordenamiento jurídico, y vinculatoriedad directa sobre los órganos del Estado.

Desde otra perspectiva, la visión clásica de los derechos fundamentales los considera como una suerte de "triunfos individuales", de modo que su invocación supondría una barrera absoluta a la acción estatal. Pues bien, el aborto no responde a esta estructura, pues su invocación solo es el comienzo de lo que se ha denominado un "diálogo regulatorio", en que la comunidad, a través de la ley, define en qué situaciones y bajo qué condiciones es permisible[41]. Ello claramente no responde a la noción clásica de un derecho fundamental.

Otra consideración relevante es que los derechos fundamentales poseen no solo una dimensión subjetiva sino, también, una objetiva, como lo ha reconocido el propio Tribunal. Ella supone que los derechos fundamentales proveen de unidad y sentido a todo el ordenamiento jurídico[42], en cuanto "sistematizan el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático"[43]. Así, los derechos son fundamentales

> "no tanto desde la perspectiva del individuo (...) sino desde la perspectiva de la organización política cuya base o fundamento de legitimidad van a constituir"[44].

Como es evidente, un derecho fundamental al aborto no responde a ninguna de estas lógicas; disponer del no nacido, más allá de ser una facultad –sumamente individualista[45]– que se reconozca a la madre, no sirve de criterio inter-

[39] Ni siquiera en Artavia Murillo v. Costa Rica (2012), fallo singular que se aleja de la doctrina anterior de la Corte en relación con el derecho a la vida, se consagra algo remotamente similar a un derecho al aborto.

[40] Véase A, B and C v Ireland (2010), en particular su párrafo N° 214: "El Artículo 8 [de la Convención Europea de Derechos Humanos] no puede, por tanto, ser interpretado como si confiriera un derecho al aborto". Traducción propia.

[41] West (1994), p. 962.

[42] E.g., Tribunal Constitucional (2008), rol 740-2007.

[43] Vidal (2001), p. 82.

[44] Aldunate (2008), pp. 48-49; Torres del Moral (1997), p. 152. Algo similar en Goodpaster (1973); Rivers (2002), p. xix.

[45] West (1994), p. 963.

pretativo, iluminador, sistematizador o legitimador del ordenamiento jurídico y político. Es más, ni siquiera desde una perspectiva sistémica y funcional de los derechos fundamentales se puede afirmar que este supuesto derecho sirva para proteger a los miembros más débiles de la sociedad política,[46] sino todo lo contrario.

La imposibilidad de considerar al aborto como un derecho fundamental habría sido reconocida incluso por relevante literatura feminista. En efecto, aún si se le concibiera como derecho, tendría naturaleza "transicional" o "residual", una especie de "válvula de escape" frente a una sociedad patriarcal que oprime a la mujer y, por lo mismo, sujeto a cambios y evolución de acuerdo con la situación real de la mujer en una determinada sociedad[47].

En definitiva, creemos que el aborto no puede considerarse un derecho fundamental, tanto por razones dogmáticas como prácticas, y así lo habría entendido el Tribunal en la sentencia.

### *2. ¿Apertura a la discriminación genética?*

La declaración de constitucionalidad de la segunda causal, vinculada a la inviabilidad fetal, pareciera abrir la puerta a ciertas formas de discriminación genética, entendiendo por tal

> "la discriminación en contra de un individuo, o en contra de miembros de la familia de ese individuo, realizada sobre la única base, real o percibida, de diferencias entre su constitución genética y el genoma 'normal'"[48].

Entre los elementos de la definición, destacamos dos:

i) supone la existencia de un "genoma normal", una suerte de constitución genética "perfecta" que serviría de estándar de comparación universal y
ii) la discriminación tiene como fundamento una alteración genética.

La segunda causal de aborto contemplada en el Proyecto permite justamente esta discriminación, ya que a ciertos no nacidos se les tratará de forma muy distinta –se les podrá abortar– en razón de una alteración genética que los alejaría del "genoma normal".

Al respecto, cabe destacar que la existencia de un "genoma normal" que sirva de estándar de comparación para el resto, es un error[49] y un peligro. Es más, lo "normal" suele ser una construcción social que va de forma inefable acompañada de la degradación de quienes no quedan comprendidos en esa categoría. En el caso de la discriminación genética, alteraciones a la constitución genética "normal" son inmediatamente consideradas como algo

[46] Cfr. Ferrajoli (2006).
[47] Cfr. West (1994), pp. 965-966.
[48] Smith (1995), pp. 2-3. Traducción propia.
[49] Cfr. Silvers y Ashley (2003), p. 17.

inferior o deficiente[50]. De más está decir que esta estigmatización afecta de manera directa a la dignidad de las personas involucradas, cuyo igual valor intrínseco se ve negado[51]. Y dado que la dignidad va directamente aparejada a los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico, atentar contra aquella redunda en la negación de ciertos derechos a quienes no cumplen con el estándar "normal", entre ellos el derecho a la vida.

Frente a este paradigma, se ha propuesto un cambio radical, cual sería el respeto a la diversidad genética[52]. Su fundamento es que toda persona tiene una identidad genética única e irrepetible, la cual incluiría tanto elementos "normales" o "comunes" como ciertas alteraciones o variaciones a los mismos, sin que nada de ello pueda afectar la dignidad y la valoración de la persona en cuestión.

Lo anterior no supone una visión falsamente benévola de cuestiones que objetivamente causan dolor. Así, por ejemplo, es posible valorar de manera positiva no poseer fibrosis quística, pero lo que no resulta legítimo es inferir de ello que una persona con dicha mutación genética tenga menos valor (o menos derechos fundamentales) que una "sana". Lo contrario constituiría un ataque directo a principios constitucionales fundamentales, tales como el igual respeto a la dignidad humana (artículo 1 inciso 1°), la igualdad intrínseca de todas las personas (artículo 1° inciso 1° y 19 N° 2), la consideración de los seres humanos como fines en sí mismos (artículo 1° inciso 4°), entre otros.

En síntesis, permitir el aborto por defectos genéticos es una desvaloración inaceptable de la persona por el solo hecho de no poseer una identidad genética "suficientemente valorable". La segunda causal del Proyecto permite esta situación, abriendo la puerta a una forma terrible de discriminación que hoy causa gran preocupación en Derecho Comparado, particularmente dados los avances de la genética y sus posibles malos usos.

## V. Conclusiones

La importancia radical de la materia resuelta por el fallo –constitucionalidad de una ley de aborto– demandaba una sentencia sólida, argumentada de forma contundente y sostenida sobre una mayoría sustantiva del Tribunal. Lamentablemente, nos encontramos frente a una sentencia más bien débil y confusa, cuya aplicación tal vez generará intensa discusión y controversia.

El principal problema del fallo es la cantidad y el contenido de las prevenciones y disidencias, ya que no queda claro si la mayoría del Tribunal esta-

[50] Cfr. Romañach (2015).
[51] Cfr. Goméz (2010), pp. 147-148.
[52] Silvers y Ashley (2003), pp. 26-27.

ba realmente de acuerdo en algo, más allá de la voluntad de declarar constitucional las tres causales de aborto contempladas en el Proyecto. Así las cosas, no parece emanar de la sentencia una doctrina del Tribunal en estas materias, particularmente en relación con el estatus constitucional del no nacido como persona y titular de derechos fundamentales. Del mismo modo, es muy probable que la interpretación del fallo, en cuanto al contenido constitucionalmente permisible de las causales, deba ser muy restrictiva, particularmente en razón de la prevención del ministro Hernández. Nociones como el aborto libre, o la existencia de un derecho fundamental a abortar, habrían sido excluidas por la sentencia.

La materia donde sí existió una mayoría sólida que nos permite identificar una doctrina más autorizada del Tribunal, es respecto de la objeción de conciencia. Aquella se declara como amparada por nuestra Constitución e, incluso, aplicable a las personas jurídicas, si bien mediante la invocación de otros derechos y libertades distintas a la libertad de conciencia.

Queda ahora pendiente la aplicación práctica del Proyecto, ya publicado el 23 de septiembre de 2017 como ley N° 21.030. Al respecto, cabe esperar diversas discusiones futuras de constitucionalidad, ya sea en razón de la dictación de las normas reglamentarias llamadas a ejecutar esta ley, ya sea por la presentación de recursos de inaplicabilidad o de protección en contra de las normas legales o administrativas involucradas. En tales discusiones, podrá apreciarse hasta qué punto la confusión y falta de mayorías claras del fallo dificultan su inteligencia y aplicación por los diversos agentes jurídicos.

## Bibliografía

Aldunate, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing).

Arellano, Pilar (2012): *Historia Fidedigna de la Nueva ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de Chile* (Santiago, Tribunal Constitucional).

Barak, Aharon (2012): *Proportionality* (United State, Cambrigde University Press).

Carpizo, Jorge (2011): "Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características", en *Cuestiones Constitucionales*, vol. N° 25: pp. 3-29.

Cea, José Luis (2015): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones UC).

Covarrubias, Ignacio (2014): "¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?", en *Estudios Constitucionales*, vol. 12 N° 1: pp. 163-237.

Covarrubias, Ignacio (2012): "La Desproporción del Test de Proporcionalidad: Aspectos Problemáticos en su Formulación y Aplicación", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 2: pp. 447-480.

Ferrajoli, Luigi (2006): "Sobre Derechos Fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales*, vol. N° 15: pp. 113-136.

GOMÉZ, Ana (2010): "Principios éticos y jurídicos del derecho genético en las declaraciones internacionales relacionadas con las intervenciones sobre el genoma humano", en *Universitas Bogotá*, vol. 59, N° 120, pp. 141-168.

GOODPASTER, Gary (1973): "The Constitution and Fundamental Rights", in *Arizona Law Review*, vol. 15: pp. 479-519.

HOFFMAN, Daniel (1987): "What makes a right Fundamental", in *The Review of Politics*, vol. 49, N° 4: pp. 515-529.

MERRYMAN, John (1985): *The Civil Law Tradition* (2ª ed., Stanford University Press).

RIVERS, Julian (2002): "A Theory of the Constitutional Rights and the British Constitution", in Robert ALEXY (ed.), *A Theory of Constitutional Rights* (New York/ Oxford University Press), pp. xvii-li.

ROMAÑACH, Javier (2015): "Ethical and legal dilemmas arising from emerging technologies", in Gerard QUINN *et al.* (ed.), *Genetic Discrimination: transatlantic Perspectives on the case for European Level Legal Response* (Routledge (Kindle Edition), ciudad: pp. 39-51.

SILVERS, Anita y ASHLEY, Michael (2003): "Human Rights And Genetic Discrimination: Protecting genomics promise for public health", in *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, vol. 31, N° 3: pp. 377-389.

SMITH, George (1995): "Genetic Determinism or Genetic Discrimination?", in *Journal of Contemporary Health Law and Policy 235*, vol. 11, N° 1: pp. 1-55.

SUNSTEIN, Cass (2001): *One Case at at Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court* (United State, Harvard University Press).

TORRES DEL MORAL, Antonio (1997): "Naturaleza de los Derechos Constitucionales", en *Revista de Derecho de la Universidad Catolica de Valparaíso*, vol. XVII: pp. 149-155.

URBINA, Francisco (2017): *A Critique of Proportionality and Balancing* (Cambridge, Cambridge University Press).

VIDAL, Ernesto (2001): "La interpretación de los Derechos Fundamentales por el Tribunal Constitucional", en *Anuario de derecho parlamentario*, N° 11: pp. 73-112.

WEST, Robin (1994): "The Nature of the Right to an Abortion: A Commentary on Professor Brownstein's Analysis of Casey", in *Hastings Law Review*, vol. 45: pp. 961-967.

# PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN CHILE

# CONSTITUTIONAL PROTECTION OF SOCIAL RIGHTS IN CHILE

*Enrique Navarro Beltrán*[*]

Resumen: En el presente artículo se analiza la evolución del reconocimiento constitucional de los derechos sociales en Chile y de su garantía indirecta, a través del recurso de protección, ya sea por actos de particulares o de la administración; a la vez que los principales pronunciamientos efectuados por el Tribunal Constitucional en relación a preceptos legales que han sido controvertidos por vulnerar dichos derechos, particularmente, en los últimos diez años.

Palabras claves: Derechos Sociales - Garantía Constitucional - Jurisprudencia

Abstract: In this article the evolution of the constitutional recognition of social rights in Chile and its indirect guarantee is analyzed, through the protection resource, either by acts of individuals or the administration; at the same time as the main pronouncements made by the Constitutional Court in relation to legal precepts that have been controversial for violating said rights, particularly in the last ten years.

Keywords: Social Rights - Constitutional Guarantee - Jurisprudence

* * *

## I. Los derechos sociales en los textos constitucionales chilenos

### *1. Los primeros textos constitucionales del siglo XIX*

Las primeras Cartas Fundamentales dictadas durante el siglo XIX[1] tienen escasa referencia a los derechos de contenido social y económico; más bien aluden

[*] Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile, Universidad Finis Terrae.

[1] Una visión panorámica en Vásquez y Navarro (2001), pp. 19-36.

a las libertades públicas, a la igualdad ante la ley, al derecho a la honra y de propiedad, a la vez que contienen garantías fundamentales del proceso penal[2].

Existen sí ciertas declaraciones de carácter programáticas en algunos textos[3]. Del mismo modo, se hace ocasionalmente referencia a la educación pública[4].

En general, en el siglo XIX, el énfasis se observa en las libertades más que en los derechos. Así, es usual la alusión a la libertad de enseñanza[5]. A su vez, en materia laboral se reconoce en general la libertad de trabajo, sujeta a ciertas restricciones[6].

## *2. La Constitución Política de 1925*

El texto primitivo de la Constitución de 1925 también es lacónico en relación con los derechos sociales[7].

---

[2] El Reglamento de Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818 señala, en su artículo 1°: "los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inajenable e inamisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil". La Constitución de 1828 agrega que tienen el carácter de derechos imprescriptibles e inviolables "la libertad, la seguridad, la propiedad, el derecho de petición y la facultad de publicar sus opiniones" (artículo 10º). Por su parte, la Constitución de 1833 asegura la igualdad ante la ley, ante los cargos y cargas, la libertad de movimiento, la libertad de opinión, el derecho de petición y la propiedad (artículo 12), además de garantías penales. Los textos en VALENCIA (1951).

[3] El artículo 13 del Reglamento de 1818 indica: "todo individuo de la sociedad tiene incontestable derecho a ser garantido en el goce de su tranquilidad y felicidad por el Director Supremo y demás funcionarios públicos del Estado, quienes están esencialmente obligados a aliviar la miseria de los desgraciados y proporcionarles a todos los caminos de la prosperidad".

[4] El título VII de la Constitución de 1822 está dedicado a la "educación pública". Así, el artículo 230 expresa: "la educación pública será uniforme en todas las escuelas, y se le dará toda la extensión posible en los ramos del saber, según lo permitan las circunstancias". Del mismo modo, se "procurará poner escuelas públicas de primeras letras en todas las poblaciones" (artículo 231). Por su parte, la Constitución de 1823 indica, entre los gastos esencialmente nacionales, aquellos referidos a "la instrucción de los ciudadanos" (artículo 9º). En concordancia con ello, se afirma: "la instrucción pública, industrial y científica, es uno de los primeros deberes del Estado" (artículo 257). En igual sentido, la Constitución de 1833 indica: "la educación pública es una atención preferente del Gobierno. El Congreso formará un plan general de educación nacional; y el Ministro del Despacho respectivo le dará cuenta anualmente del estado de ella en toda la República" (artículo 153). Junto con lo anterior, se precisa: "habrá una superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional, y su dirección bajo la autoridad del Gobierno" (artículo 154).

[5] La reforma constitucional de 1874 reconoce expresamente "la libertad de enseñanza". En esa época se desata la pugna entre aquellos partidarios del Estado laico y quienes enfatizaban la libertad de enseñanza. PERCHT (2006), p. 697 y ss.

[6] La Constitución de 1833 señala: "ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad, o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional, y una ley lo declare así" (artículo 151). Sobre el texto de 1833 HUNEEUS (1879). También sobre la carta de 1833 LASTARRIA (1856) y al final del periodo ROLDAN (1924).

[7] SILVA (1963).

Al referirse a la libertad de enseñanza señala que "la educación pública es una atención preferente del Estado", precisando que "la educación primaria es obligatoria", estableciendo, además, una superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará "la inspección de la enseñanza nacional"[8].

A su vez, en materia laboral insta a:

> "la protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia"[9].

Del mismo modo, se establece el deber del Estado de "velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país", obligando a destinar un presupuesto anual para un "servicio nacional de salubridad"[10].

En materia de propiedad, existe una referencia a sus eventuales limitaciones, como consecuencia indirecta de la utilidad pública de la misma[11], lo que fue objeto de diversas reformas constitucionales en 1963[12] y 1967[13]. Esta última enmienda reconoce expresamente la función social de la propiedad[14].

La reforma constitucional de 1971[15] profundiza el Estado Social de Derecho en nuestro país. Así, se detalla de manera más precisa el papel del Estado en materia educacional[16].

---

[8] Artículo 10 Nº 7 de la Constitución de 1925. Serrano (1993).

[9] Artículo 10 Nº 14 de la Constitución de 1925.

[10] *Op. cit*. Inciso final. Bulnes (1988).

[11] El artículo 10 Nº 10 indica: "el ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública a favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública".

[12] La ley Nº 15.295, modifica el artículo 10 Nº 10 constitucional, en relación con la expropiación de ciertos predios. Brahm (1999).

[13] La ley Nº 16.615 sustituye completamente el artículo 10 Nº 10 de la Carta Fundamental.

[14] Ella comprende "cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes". De igual forma, regula en detalle el mecanismo de la expropiación. *Vid*. Historia de la Ley 16.615.

[15] Ley Nº 17.398, publicada en el *Diario Oficial* de 9 de enero de 1971, conocida como el "Estatuto de Garantías Constitucionales". Carrasco (1970), p. 121 y ss.

[16] Se indica, en el nuevo artículo 10 Nº 7, que "la educación es una función primordial del Estado, que se cumple a través de un sistema nacional del cual forman parte las instituciones oficiales de enseñanza y las privadas que colaboren en su realización, ajustándose a los planes y programas establecidos por las autoridades educacionales". Se asegura apoyo del Estado a la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro. La educación nacional deberá ser "democrática y pluralista y no tendrá orientación partidaria oficial". Se establece una superintendencia de educación pública, la que tendrá a su cargo la "inspección de la enseñanza nacional". Además se reconoce autonomía a las universidades.

Por su lado, en el ámbito laboral, al reconocerse la libertad de trabajo y su protección, se indica:

> "toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de este, a una remuneración suficiente que asegure a ella y a su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan"[17].

Cabe señalar que, por primera vez, se regula el derecho a la seguridad social, obligando al Estado a adoptar:

> "todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humana, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional"[18].

De igual forma, se imponen deberes adicionales al Estado en esta materia[19].

### *3. El texto constitucional vigente*

El actual texto constitucional[20], en primer lugar, señala que 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"[21].

Del mismo modo, se establece que se encuentra:

> "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"[22].

En armonía con ello se estable como deber del Estado el

> "resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración

[17] Nuevo artículo 10 Nº 14, inciso primero.

[18] Nuevo artículo 10 Nº 16, inciso primero.

[19] El Estado "mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores".

[20] Sobre las reformas constitucionales de 2005; Navarro (2005a).

[21] Ortuzar (2015).

[22] Soto Kloss (1995), p. 13 y ss.

> 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"[23].

En otro ámbito cabe señalar que, por primera vez, se consagra en un texto constitucional el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, señalando que es un deber del Estado "velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza"[24].

Del mismo modo, se reconoce el derecho a la protección de la salud, otorgando al Estado la protección del "libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo"[25]. Adicionalmente, le corresponde "la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud". Junto con ello, se indica que es deber preferente del Estado

> "garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias".

Por último, a cada persona se le otorga el derecho individual de elegir el sistema de salud, ya sea público o privado[26].

En consecuencia, parece bastante claro que la Constitución de 1980 adhiere a una perspectiva amplia respecto de la salud, que no se limita a recuperación de la salud sino que comprende también promoción y prevención de la salud. En este aspecto, la Constitución sigue una tendencia señalada por cierta doctrina internacional que estima que el derecho a la salud incluye cuidados preventivos de salud, promoción de condiciones ambientales favorables de salud y acciones positivas en favor de grupos discriminados[27].

En este sentido, el Estado y sus organismos tienen la obligación o el deber de respetar y promover el derecho a la salud; no solo diseñando las

---

[23] Artículo 1º de la Constitución Política.

[24] Navarro (1993), p. 595 y Bertelsen (1998), p. 139. La jurisprudencia ha reconocido diversos tipos de contaminación: acústica, acuática, terrestre, atmosférica e, incluso, la visual. La reforma constitucional de 2005 precisó la procedencia del mismo contra actos u omisiones ilegales. Más recientemente, "Recurso de Protección y medio ambiente", en *Revista de Derecho* UFT 2, 2014

[25] Las acciones son: a) La promoción de la salud significa adopción de políticas públicas para mejorar la calidad de vida de los individuos y prevenir el contagio de enfermedades; b) La protección de la salud comprende la disponibilidad, accesibilidad (geográfica, económica y de información), aceptabilidad y calidad; c) La recuperación de la salud apunta a medicina curativa; y d) La rehabilitación, lo que envuelve todos los casos de accidentados y de procesos que conduzcan a la recuperación de una función de salud perdida. Cea Egaña (2004), p. 309; y Figueroa (2013).

[26] Artículo 19 Nº 9 de la Constitución Política de la República. Bulnes (2005).

[27] Figueroa (2013).

políticas adecuadas sino que finalmente tendiendo a su debida promoción, coordinación, control y protección. Por lo mismo, se han creado autoridades y servicios vinculados a la salud como, por ejemplo, desde un Ministerio de Salud –como un órgano regular– hasta las reparticiones públicas y privadas encargadas de velar por ello, existiendo planes o políticas públicas a su respecto[28].

En materia de educación, se estable que la educación "tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida". A los padres se les otorga el derecho preferente y deber de educar a sus hijos, correspondiéndole al Estado "otorgar especial protección al ejercicio de este derecho". Asimismo, le compete

> "fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación"[29].

A fines de los años noventa se le agrega al Estado el deber de promover "la educación parvularia".[30] De igual forma, se indica:

> "la educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad"[31].

En el ámbito de la libertad de trabajo, además de reconocerla se la ampara. Desde un punto de vista liberal señala: que "toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución". Se prohíbe:

> "cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos".

A su vez, se precisa que

> "ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así".

[28] Sobre la materia; Bulnes (2001). Con anterioridad, Álvarez (1990), p. 219.

[29] Flores (2014).

[30] Ley N° 19.634, artículo único, publicado en el DOF, 2 de octubre de 1999.

[31] Ley N° 19.876, artículo único, publicado en el DOF, 22 de mayo de 2003. Hasta ese momento solo se reconocía constitucionalmente la educación básica. Jordán (2012), p. 449 y ss.

Por último se regula la negociación colectiva[32] y la huelga[33].

Finalmente, en el ámbito de la seguridad social, al regulársele, se establece "el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social". Del mismo modo, se indica:

> "la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias".

En el ámbito de las libertades se insiste en la libertad de afiliación[34] y de sindicación[35]. Por último, cabe tener presente que las leyes que lo regulen deben ser de quórum calificado[36].

## II. La protección sobre derechos sociales

Sin duda que la tutela o protección constitucional de los derechos sociales constituye uno de los mayores desafíos del constitucionalismo del siglo XXI.

### *1. ¿Son susceptibles de protección los derechos sociales?*

No nos adentraremos, en esta oportunidad, en la naturaleza jurídica de los derechos sociales, materia sobre la cual se han sostenido diversas tesis, conceptualizándolos como disposiciones programáticas (Schmitt y Forsthoff), fuente de normas de fines para el Estado (Sommermann), mandato objetivo

[32] El artículo 19 Nº 16, inciso 5º, indica: "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 para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella".

[33] El artículo 19 Nº 16, en su inciso final, preceptúa: "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. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso".

[34] Artículo 19 Nº 16, inciso 4º. Bulnes (1980). También, Costa (2001), p. 287 y ss.

[35] Artículo 19 Nº 19, en el que se precisa su carácter voluntario, en cuanto asociación.

[36] Así lo ha sentenciado por ejemplo el Tribunal Constitucional, en los autos rol Nº 534-2006.

normativo (Böckenförde), derechos definitivos (Lübbe-Wolf y Neumann) o derechos *prima facie* (Alexy y Borowski)[37].

Tradicionalmente, se ha señalado que los derechos sociales son en esencial prestacionales; sin embargo, reciente doctrina ha insistido que todos los derechos suponen "costos"[38].

Sin duda que los derechos sociales tienen mecanismos de garantías no tan eficaces como los demás derechos fundamentales. Como recuerda Ferrajoli, su infracción usualmente no se manifiesta en la falta de validez de actos anulables por vía jurisdiccional "sino en lagunas de disposiciones y/o carencias en las prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables"[39].

Algunos en nuestra América han recalcado su carácter de exigibles[40]. Especialmente, notable es su desarrollo en el sistema constitucional mexicano que conmemora este año su centenario[41].

Como dice Bobbio, no basta con fundamentar o proclamar un derecho y ni siquiera con protegerlo. El problema de su efectividad no es un problema filosófico ni moral. Y tampoco un problema jurídico. Es un problema

> "cuya solución depende del desarrollo de la sociedad, y como tal, desafía las constituciones más progresistas y pone en crisis incluso el más perfecto mecanismo de garantía jurídica"[42].

Usualmente se alude a la necesidad de que dichos derechos sean implementados a través de las políticas legislativas. Por eso,

> "el foro político es el lugar donde decidir cómo distribuir las cargas y los beneficios en una sociedad siempre que esté garantizada la participación política efectiva de todos sus miembros"[43].

## *2. La protección constitucional de los derechos sociales en Chile*

Como se sabe, el artículo 19 de la Constitución Política reconoce a las personas diversos derechos, desde la vida a la propiedad, pasando por la igualdad, el honor, la libertad, etcétera.

[37] En tal sentido, Bernal Pulido (2005), pp. 287-330.
[38] Holmes y Sunstein (2011).
[39] Ferrajoli (2010), p. 109.
[40] Abramovich y Courtis (2004).
[41] Carbonell (2009).
[42] Bobbio (1991), p. 53.
[43] Morales (2015), p. 357.

Pues bien, el artículo 20 garantiza con el recurso de protección a la mayoría de los mismos, salvo los denominados derechos sociales[44] y económicos, como es el caso del derecho a la protección de la salud, de educación y de seguridad social[45].

En el informe final de la Comisión de Estudio se señaló sobre esta materia:

> "Es evidente que el recurso de protección *no puede hacerse extensivo a derechos* que, aunque reconocidos constitucionalmente, *dependen para su debida satisfacción, de la capacidad económica del Estado o de las potencialidades culturales de la población*, como sucede con el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social u otros".[46]

Sin embargo, nuestros tribunales superiores, y, en particular, la Corte Suprema, han tratado de dar debida protección a situaciones abusivas en que, en principio, se invocan derechos no protegidos.

Resulta, entonces, interesante analizar la forma que han buscado los tribunales para dar tutela indirecta a los mismos, en especial, a través de la aplicación indirecta de otros derechos. En particular, se ha recurrido de manera frecuente al derecho de propiedad (fenómeno que ciertos autores califican como "propietarización de los derechos"[47]) y a la igualdad ante la ley[48]. En el Derecho Comparado tampoco es inusual esta protección indirecta, invocando además el debido proceso[49].

### 2.1. Frente al derecho a la protección de la salud

Como se ha señalado, el artículo 19 N° 9 garantiza el derecho a la protección de la salud, imponiéndole ciertos deberes al Estado, tales como: los de protección de las acciones de salud, la coordinación y control de las mismas y el garantizar su ejecución. Sin embargo, solo se ampara el derecho a elegir el sistema de salud, ya sea público o privado[50].

En el caso de este derecho y frente a su afectación, particularmente por terceros (en especial, instituciones de salud previsional) se ha recurrido al derecho de propiedad sobre los derechos que emanan de los contratos o la no discriminación arbitraria, en su caso.

---

[44] En relación con los derechos sociales en América, Bazán (2005), p. 547 y ss. Una visión mexicana en Rodríguez (1998). En relación con Chile, Perú y Argentina, en Nogueira Alcalá (2010). En el sistema europeo, particularmente en alemán, Benda (2001), p. 487 y ss. Un texto hispanoargentino en Ribotta y Rosseti (2010).

[45] Sobre la materia, Soto Kloss (2001), p. 421 y ss.

[46] Informe Final de la CENC (1981), p. 235.

[47] Vergara (1992). En respuesta, Soto Kloss (1992).

[48] Navarro (2002), p. 56.

[49] Bazán y jimena Quesada (2014).

[50] Sobre la materia, Bulnes (2001). Con anterioridad, Álvarez (1990), p. 219.

Así, ya en 1989, se resolvía que la negativa arbitraria de una ISAPRE a otorgar la cobertura pactada contractualmente importaba privación de la legítima percepción de un beneficio pecuniario que se ha incorporado al patrimonio del recurrente[51].

Sin perjuicio de que, en otros casos, se ha estimado que se está invitando a abandonar el sistema por lo que se vulneraría la libertad de elección del sistema de salud, reconocido en el inciso final del artículo 19 N° 9 y que sí se encuentra protegido.

En los últimos años han sido reiterados los fallos sobre la materia, sancionándose el término unilateral del contrato[52-53]; el alza injustificada de los planes de salud[54] o la negativa a cubrir cobertura[55-56], todos ellos por parte de la institución de salud (ISAPRE) respectiva.

En más recientes decisiones se ha enfatizado que la facultad revisora de las ISAPRES

> "debe entenderse condicionada en su esencia a un cambio efectivo y plenamente comprobable del valor económico de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de los costos y no por un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios o a la injustificada posición de que la variación pueda estar condicionada por la frecuencia en el uso del sistema, pues es de la esencia de este tipo de contrataciones la incertidumbre acerca de su utilización"[57].

De este modo, también se ha señalado, debe tratarse de una alteración "objetiva y esencial de las prestaciones, apta para afectar a todo un sector de afiliados o, al menos, a todos los que contrataron el mismo plan"[58].

Asimismo, se ha puntualizado que la facultad para determinar unilateralmente el precio de prestaciones relativas a garantías explícitas en salud solo estará legitimada "cuando obedezca a una variación sobre la base de criterios objetivos de razonabilidad, servicio público y determinada en el costo de la cobertura de que se trata"[59].

Como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una disposición por parte del Tribunal Constitucional, se ha entendido por la

---

[51] Corte Suprema, 22 de mayo de 1989, *Gaceta Jurídica* Nº 107: p. 20.

[52] Corte de Apelaciones de Santiago, rol Nº 5698-2001.

[53] En el mismo sentido, Corte Suprema, rol Nº 3.742-2002.

[54] Corte de Apelaciones de Santiago, rol Nº 3656-2002. En el año 2006, Corte Suprema roles Nº 3902 y 6498

[55] Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 414-2002.

[56] En el mismo sentido, Corte Suprema, rol Nº 3552-2002. Lo mismo se ha reiterado en los años 2006 (roles Nº 2467 y 4486) y 2007 (roles Nº 5891 y 5628).

[57] Corte Suprema, rol N° 601-2011.

[58] Corte Suprema, rol N° 192-2011.

[59] Corte Suprema, rol N° 9044-2010.

Corte Suprema, que las alzas por aplicación de las tablas de factores de edad y sexo carecerían de valor, toda vez que la columna vertebral del sistema de reajustabilidad por aplicación de las referidas tablas ha sido derogado[60].

En estos últimos meses ha habido pronunciamientos sobre alzas de primas. Así, se ha sentenciado:

> "si bien esta Corte ha reconocido que las Isapres están plenamente autorizadas por ley para fijar el valor de la prima para el otorgamiento de las GES a sus beneficiarios, fundándose entre otros aspectos, en las particularidades de sus carteras de clientes, su demanda real y la red de prestadores que utilizan, lo cierto es que en tal actividad deben atenerse estrictamente a los parámetros y límites establecidos por el legislador, quien expresamente dispone que el precio que están autorizadas para cobrar las instituciones de salud previsional no puede ser sustancialmente distinto al valor de la Prima Universal. Así, la facultad entregada a las referidas instituciones para determinar el precio que cobrarán por otorgar la cobertura GES, debe ejercerse teniendo en cuenta el límite establecido en el ordenamiento jurídico, el que impide cualquier atisbo de arbitrariedad en el referido proceso, cuestión que se encuentra plenamente justificada, toda vez que no puede soslayarse que si bien en nuestra legislación se permite que entes privados entreguen un servicio público relacionado con una garantía fundamental, como es el derecho a la protección de la salud, tal participación se encuentra altamente regulada, estableciéndose lineamientos que determinan las condiciones en que se garantiza el ejercicio efectivo del derecho antes referido por parte de los afiliados a cada institución. En lo que interesa al arbitrio, se debe destacar que si bien es legítimo y esperable que las Isapres obtengan ganancias por su participación, administración y otorgamiento de las Garantías Explícitas en Salud, lo cierto es que tal actividad no puede convertirse en una fuente de lucro ilimitada para aquellas, máxime si se consideran las especiales características que sustentan el sistema creado en el año 2005, las que fueron plasmadas en el Mensaje Presidencial con que se envió al Congreso el proyecto respectivo, expuestas en el fundamento segundo, pues aquel busca disminuir las inequidades en salud, por la vía de entregar acceso universal garantizado a un conjunto de atenciones para un grupo priorizado de problemas de salud, destacando el carácter solidario del mismo".

Así las cosas:

> "estando habilitadas las Instituciones de Salud Previsional para determinar unilateralmente el precio de las prestaciones relativas a las Garantías Explícitas en Salud, el ejercicio de tal facultad que por ley se les otorga sólo estará

[60] Corte Suprema, rol N° 566-2011, 17 de febrero de 2011.

revestida de legitimidad cuando obedezca a una variación sobre la base de criterios objetivos de razonabilidad, que la ley vincula expresamente a la comparación en relación a la Prima Universal, que determinada en el costo de la cobertura de que se trata, que no importe, por este solo hecho, mayor lucro para una de las partes". Concluyéndose que "la falta de racionalidad en el alza contenida en el nuevo precio GES, informado por la Isapre para el trienio 2016-2018, expuesta en los fundamentos precedentes, deviene en un acto arbitrario, que afecta el derecho de propiedad del recurrente, protegido por el artículo 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, desde que lo actuado importa una disminución concreta y efectiva en el patrimonio de éste al tener que soportar una injustificada carga derivada del mayor costo de su contrato de salud, esto es al incluirse el aumento de la prima GES, circunstancia que además incide en que el derecho de afiliación se torne de difícil materialización, puesto que si los aumentos hacen excesivamente gravosa la permanencia en el sistema el interesado puede verse compelido a trasladarse al sistema estatal de salud, conculcándose la garantía consagrada en el inciso final en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental de libre elección del sistema de salud al que desea pertenecer"[61].

### 2.2. Frente al derecho a la educación

El artículo 19 N° 10, como ya se explicó, reconoce el derecho a educación, en sus diversas etapas, lo que incluye desde la educación parvularia a la enseñanza media, imponiéndosele ello como un deber especial al Estado, habiendo sido esto último modificado constitucionalmente[62]. Este derecho, como se sabe, tampoco se encuentra tutelado, a pesar de las obligaciones que se imponen al Estado en tal sentido[63].

En el caso de acciones que afectan, en el hecho, el derecho a la educación (fundamentalmente por medidas adoptadas por establecimientos educacionales), los tribunales han entendido como infringido el derecho de propiedad sobre la matrícula o, en su caso, la no discriminación arbitraria.

A fines de la década de 1980, encontramos sentencias que rechazan las acciones, sosteniendo que la conculcación del derecho a la educación, al estar excluida de la protección constitucional, no puede razonarse sobre la base de otros derechos[64]. Del mismo modo se denegaba la posibilidad de invocar el derecho de propiedad sobre los títulos profesionales, dado que no participarían del carácter de bienes incorporales[65].

[61] Corte Suprema, rol N° 55446-2016, 6 de abril de 2017.

[62] Navarro (2001), pp. 19-36.

[63] Gaete (1987), p. 231 y Orrego (1986), p. 463.

[64] Corte Suprema, 26 de mayo de 1987, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 84, p. 173

[65] Corte Suprema, 28 de julio de 1981, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 78, p. 142.

Sin embargo, casi dos años después, se sostiene por nuestro máximo tribunal que la calidad de estudiante universitario faculta al interesado para acceder al título, lo que configura una especie de propiedad, que se encuentra amparada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política[66]; lo que también se ha señalado en los últimos años[67].

Por su lado, en la misma época, la Corte de Santiago estimaba infringido el artículo 19 N° 2 al expulsarse a un alumno sin seguir el procedimiento fijado por el estatuto reglamentario[68]. Más recientemente, se ha sentenciado:

> "el actuar de la recurrida resulta ser arbitrario, por la desproporción que hay entre la conducta atribuida y la medida adoptada por la recurrida, y asimismo es ilegal toda vez que se ha vulnerado lo dispuesto en artículo 46 letra f) de la Ley General de Educación al no incorporar la descripción de un justo procedimiento a efectos de garantizar un adecuado derecho de defensa de los alumnos, motivo por el cual la acción constitucional debe ser acogida"[69].

Asimismo, se ha insistido en situaciones que no tienen suficiente motivación[70].

De igual forma, se ha resuelto que la negativa de un establecimiento educacional de entregar certificado de notas y estudio vulnera el derecho de propiedad del recurrente sobre "los logros académicos"[71].

En el mismo sentido, se ha fallado que la exigencia de cumplir las obligaciones de carácter económico como condición previa a obtener un título profesional aparece como ilegal y su aplicación por parte de la universidad recurrida, se muestra como arbitraria[72]. En efecto, los requisitos de deudas con la institución no son obstáculo para el proceso de titulación, pero en lo concreto se ha dificultado obtener la titulación que reclama la estudian-

[66] Corte Suprema, 6 de abril de 1989, *Gaceta Jurídica*, vol. 106, p. 27.

[67] Corte de Apelaciones de Santiago, rol Nº 1. 182-2001.

[68] Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de diciembre de 1989, *Gaceta Jurídica*, vol. 114, p. 40

[69] Corte Suprema, rol Nº 3597-2017, 8 de junio de 2017.

[70] Que "la arbitrariedad en el examen de los antecedentes y la ausencia de fundamentación en la revisión de la solicitud de revocación de la medida de eliminación de la carrera entablada por el recurrente ante la Comisión de Gracia se desprende de la lectura del acta pues la comisión aceptó la petición de 25 educandos, sin consignar las premisas en las que descansa tal decisión porque el antecedente objetivo en que se asila el plantel recurrido, o sea, el promedio de notas azul antes de las paralizaciones estudiantiles ya estaba asentado y analizado por la Comisión de Carrera, en tanto que del acta fluye que sólo en tres casos se trató de un error relacionado con las notas de la carrera, por lo que necesariamente en los restantes se evaluaron otros motivos que no se dieron a conocer, lo que adquiere relevancia si se considera que la única razón ponderada en la situación del actor fue su promedio azul ligado a su proyección académica". (Corte Suprema, rol Nº 99877-2016, 17 de abril de 2017).

[71] Corte de Apelaciones de Talca, rol Nº 60.845.

[72] Corte de Temuco, rol Nº 263-2013, confirmado por Corte Suprema (rol 2331-2013).

te, lo que torna arbitraria la situación, tratándose de una egresada que ha cumplido con todas y cada una de las etapas para la obtención de su grado académico, puesto que se la discrimina al privarla de la obtención de su título por exigencias derivadas de su situación de deuda, razón que no justifica la distinción que sufre en relación con otros alumnos que sí pueden acceder al proceso de titulación respectivo, lo que de este modo vulnera la garantía contenida en el numeral 2º del artículo 19 de la Carta Fundamental[73]. Se ha fallado también que se ha incurrido en un acto arbitrario que ha vulnerado derechos fundamentales de la recurrente, en especial la igualdad ante la ley, al tener el mismo derecho que los demás niños con su misma discapacidad para ser atendida en un establecimiento especializado, acogiéndose el recurso intentado, a fin de que se autorice al establecimiento educacional para atender por el año lectivo alumnos con discapacidades permanentes, en los mismos términos en que se efectuaba antes de la dictación del acto recurrido[74].

La propia Corte ha recordado que el *derecho a la educación* corresponde al derecho de toda persona a contar con acceso a un proceso que le permita el máximo desarrollo de sus capacidades en las distintas etapas de su vida, garantizando el Estado la protección de este derecho, y su promoción, proporcionando un sistema gratuito destinado a toda la población[75].

Incluso, en algunos casos se ha concluido en la arbitrariedad de una medida adoptada por un colegio recurrido al proceder a la cancelación de la matrícula del alumno por quien se ha recurrido de protección, afectando con ello la garantía constitucional del *derecho a la educación*, al impedirle continuar su proceso formativo en el establecimiento elegido por los padres del alumno, así como la igualdad ante la ley, al pretender segregar al educando a consecuencia de una conducta que, si bien puede no ser la correcta, intentar corregirla es responsabilidad compartida entre los padres del adolescente así como del colegio que estos han elegido para su hijo[76].

Se ha sentenciado que una decisión de excluir a un menor del establecimiento por la vía de no renovarle su matrícula para el presente año no es aceptable desde la perspectiva de la garantía constitucional de la igualdad, sin perjuicio que además ella produce una afectación del *derecho a la educación* que le asiste[77].

Igualmente, se ha puntualizado que el actuar de un colegio al proceder a la cancelación de la matrícula del alumno ha vulnerado la garantía

[73] Corte de Temuco rol Nº 2230-2014, confirmado por la Corte Suprema (rol Nº 24.920-2014).

[74] Corte de Apelaciones de Rancagua, rol Nº 6069-2013, Corte Suprema, rol Nº 3471-214.

[75] Corte Suprema, rol Nº 5258-2015.

[76] Corte de Apelaciones de Concepción, rol Nº 9-2015, confirmado por Corte Suprema, rol Nº 5208-105.

[77] Corte Suprema, rol Nº 9202-2012.

constitucional del *derecho de la educación*, al impedirle continuar su proceso formativo en el establecimiento elegido por sus padres, así como la igualdad ante la ley, al pretender segregarlo por su conducta que, si bien puede no ser la correcta, intentar corregirla es una responsabilidad compartida entre los padres del menor así como del colegio que estos han elegido para su hijo[78].

### 2.3 Frente al derecho a la seguridad social

El artículo 19 N° 18 de la Constitución resguarda el derecho a la seguridad social, precisándose que las leyes que regulen su ejercicio serán de quórum calificado. En este caso, como se analizó, la acción del Estado debe estar dirigida a garantizar el acceso a las personas al goce de las prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. Del mismo modo, se impone al Estado el deber de supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho. Dado su naturaleza prestacional, este derecho tampoco encuentra protección directa constitucional[79].

Sobre esta materia, la Corte de Apelaciones de Santiago –a principios de la década de 1990– hacía presente que, al no encontrarse protegido constitucionalmente este derecho, no era posible obtener por esta vía tutelar la declaración de que determinados hechos revisten el carácter de accidentes del trabajo[80].

Sin embargo, meses antes, la Corte Suprema precisaba que el desconocimiento por la autoridad previsional del acrecimiento de la pensión de montepío importa una vulneración del derecho de propiedad[81].

Del mismo modo, se ha sentenciado que los beneficios de una pensión de jubilación, debidamente reajustados, forman parte del patrimonio de la persona y están amparados por el artículo 19 N° 24 de la carta fundamental[82].

Como puede observarse, frente a situaciones inicuas, donde en apariencia se ven afectados derechos no tutelados expresamente, nuestra Corte Suprema ha preferido dar protección efectiva, estimando vulnerado el derecho de propiedad[83].

---

[78] Corte de Apelaciones de Santiago, rol Nº 18.185-2012, confirmado por Corte Suprema, rol Nº 6473-2012.

[79] Costa (2001), p. 287 y ss.

[80] Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de abril de 1990, *Gaceta Jurídica*, vol. 118, p. 26.

[81] Corte Suprema, 25 de octubre de 1989, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 86, p. 153.

[82] Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de agosto de 1986, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 83, p. 185.

[83] Una visión más completa en Navarro (2005b), pp. 291-294.

## III. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de analizar la temática de los derechos sociales, particularmente con motivo de la acción de inaplicabilidad, en los últimos diez años[84].

Analizaremos las principales decisiones adoptadas por la Magistratura Constitucional en relación con estos derechos de contenido social[85].

### *1. Derecho a la protección de la salud*

En un caso se solicita la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, atendido la circunstancia que este permite a una institución de salud previsional privada incrementar en gran magnitud el costo de su plan de salud por haber aumentado la edad del contratante.

El Tribunal Constitucional acoge el requerimiento, teniendo en consideración la importancia de los derechos sociales. Específicamente, declara que es inaplicable por ser contrario a la Constitución la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la ley Nº 18.933, incorporada al contrato de salud de la requirente[86].

En la sentencia se consigna que el derecho a la protección de la salud tiene un carácter social,

> "involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea"[87].

De igual modo se expresa que este derecho

> "se halla sustancialmente ligado a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código Político, v. gr., el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos"[88].

Se destaca por el sentenciador que la disposición no tiene el carácter de norma programática, haciendo suyo la circunstancia que:

---

[84] Sobre la materia Navarro (2008), pp. 327-349. Más recientemente, Navarro (2011).

[85] Navarro y Carmona (2015).

[86] TC, rol Nº 976/2007, de 26 de junio de 2008. En el mismo sentido, sentencia rol Nº 1.218/2008, de 7 de julio de 2009. Más recientemente, rol Nº 1287/2008, de 8 de septiembre de 2009.

[87] *Ibid.*, considerando 29.

[88] *Ibid.*, considerando 32.

> "la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica"[89].

Por otra parte, la Magistratura Constitucional efectúa un análisis y adopta una tesis respecto a la naturaleza jurídica de estos derechos, precisando que se trata de derechos que suponen la actuación positiva del Estado[90].

Teniendo en consideración la relevancia de los derechos sociales en el Estado social de Derecho, el Tribunal sentenció que estos también constituyen un límite a la actuación de legislador. De este modo, se concluye que:

> "si bien la doctrina y jurisprudencia comparadas han señalado que los derechos sociales requieren la concretización legal de su contenido, también han realzado que la Constitución establece, en relación con ellos, un núcleo esencial, indisponible por el legislador"[91].

Con posterioridad, dicha Magistratura, luego de abrir proceso de oficio, declaró la inconstitucionalidad[92] de los numerales 1, 2, 3, y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley Nº 18.933[93], referido a las facultades de

---

[89] *Ibid.*, considerando 26.

[90] El TC indica: "la naturaleza jurídica de los derechos sociales en el Estado de Derecho Contemporáneo se halla abundante y certeramente configurada, testimonio de lo cual son los pasajes siguientes, extraídos de una obra bien conocida: Lo que tienen en común estos derechos no es tanto su contenido, esto es, la esfera de la vida social a que se refieren, sino más bien la posición jurídica que otorgan a su titular. De esta forma, los derechos sociales permitirían a sus titulares exigir ya no abstención por parte del Estado, como sucedía en los derechos de libertad, sino más bien una actuación positiva de éste en orden a su consecución. Por ello es más adecuado a su naturaleza la denominación de derechos de prestación". Reencarnación Carmona Cuenca: *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, España (2000) p. 150. Abundando en idéntico tópico se ha escrito que los derechos sociales son "Derechos de prestación (...) que suponen una acción positiva, normalmente de los poderes públicos, aunque también pueden ser los particulares más excepcionalmente, para ayudar a la satisfacción de necesidades básicas, que no pueden ser resueltas por la propia y excesiva fuerza del afectado (...)". Gregorio Peces-Barba Martínez: Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General Universidad Carlos III, Madrid (1999), pp. 460". (Consid. 28).

[91] *Ibid.*, considerando 30.

[92] Sobre inconstitucionalidad, Navarro (2011).

[93] *"Artículo 38 ter.-* Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

la Superintendencia de Salud respecto de la tabla de factores, teniendo en consideración que dichos preceptos no cumplían con los siguientes supuestos:

a) ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, esencialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las de prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado;
b) ser indispensable para alcanzar los fines señalados, y
c) guardar proporcionalidad con tales objetivos.

Por lo anterior el tribunal sentenció que los preceptos objetados eran incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y que lesionaban, asimismo, el derecho a la protección de la salud (particularmente en relación con las personas de mayor edad) y el derecho a la seguridad social (contrariando los principios de solidaridad y equidad)[94].

Del mismo modo, se ha sentenciado que el acceso libre e igualitario no es lo mismo que un acceso ilimitado, y los límites establecidos por la norma legal que establece que la negativa de cobertura de la ISAPRE puede ser superada por resolución en contrario de una autoridad pública especializada, no resultan irracionales, caprichosos o contrarios a la CPR por algún otro motivo[95].

En todo caso, de acuerdo con el TC, la norma que permite a la ISAPRE negar la cobertura a determinadas prestaciones no resulta inconstitucional, pues en tal caso habilita a una entidad pública, como es la Superintendencia de Salud, para zanjar el desacuerdo entre la ISAPRE y un afiliado

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;

2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;

3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;

4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;

5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo (...)".

[94] TC, rol N° 1.710/2010, de 6 de agosto de 2010.

[95] TC, rol Nº 1266/2008, c. 24.

acerca de si procede o no una homologación y la habilita a ordenar, en casos excepcionales y contra la voluntad de la aseguradora, que se verifique la homologación y esta, en contra de su voluntad y de las normas contractuales, cubra los costos del tratamiento no contemplado, a condición de que exista evidencia científica acerca de la efectividad del tratamiento. La decisión que eventualmente pueda adoptar la Superintendencia de Salud para ordenar la homologación de un tratamiento no incluido en el arancel de FONASA se encuentra sometida legalmente, como todo acto administrativo, a las obligaciones de gratuidad, celeridad, que incluye la sencillez y eficacia en sus procedimientos, imparcialidad, inexcusabilidad y a la obligación de decisiones fundadas. Si estos deberes, consagrados como principios por la ley Nº 19.880, no se cumplieren por la Superintendencia al resolver una homologación, quedaría sujeta a controles, incluyendo heterónomos ante tribunales de justicia, por la vía de la protección[96].

Respecto al deber preferente del Estado en materia de salud, según el TC, este se caracteriza en primer lugar, por tratarse de un "deber del Estado" y, por lo tanto, la conducta estatal respectiva es descrita de modo abstracto y genérico; es impuesta en interés general o de la colectividad; y no tiene correlato en derechos subjetivos. En segundo lugar, se trata de un deber "preferente" del Estado, lo que significa que el papel del Estado en esta materia es principal, en tanto que el de los privados es subsidiario. En tercer lugar, la CPR utiliza la expresión 'garantizar', lo que quiere decir que la CPR busca dar certeza al titular del derecho de que las prestaciones efectivamente se llevarán a la práctica. Por último, este deber preferente del Estado se materializa "en la forma y condiciones que determine la ley"[97].

En definitiva, se ha sentenciado por el Tribunal Constitucional que el mandato de protección a la salud también se exige respecto de los particulares[98]. Y, por ende, en los actos y contratos suscritos por estos[99].

---

[96] TC, rol Nº 1266/2008, cc. 16 a 18 y 21 a 22.

[97] TC, rol Nº 1572/2009, c. 22. En el mismo sentido, roles Nº 1589/2009, c. 20; 1629/2009, c. 20; 1636/2009, c. 20; 1710/2010, cc. 121 y 122; 1745/2010, c. 21; 1765/2010, c. 20; 1766/2010, c. 20; 1769/2010, c. 20; 1784/2010, c. 22; 1785/2010, c. 20; 1806/2010, c. 22; y 1807/2010, c. 20

[98] Los particulares no solo pueden coadyuvar con el Estado en su deber de garantizar el derecho fundamental a la protección de la salud, lo que se halla en plena armonía con el principio de subsidiariedad que reconoce la CPR, sino que, además, las ISAPRE, al hacerlo en relación con sus afiliados, se sitúan en un plano análogo al de su titular originario, el Estado. No es posible afirmar que el contrato de salud previsional sea conmutativo, pues las ISAPRES, al "sustituir" en esta materia al Estado, deben dar plena satisfacción al derecho fundamental de protección a la salud. Las instituciones de salud previsional, en virtud del contrato de salud previsional, no solo disponen para sí de derechos sino que, por sobre todo, son sujetos de obligaciones en relación a sus afiliados (TC, rol Nº 1287/2008, cc. 53 a 55).

[99] El deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. Esto resulta aún más evidente en los casos en los que la relación convencional

Así, la protección del derecho a la salud tiene un carácter de derecho social de acuerdo con la jurisprudencia constitucional[100], íntimamente vinculado al derecho a la vida[101]. Se trata de un derecho cuya regulación se encuentra reservada al legislador[102]. En tal sentido, por ejemplo, se ha sentenciado que las licencias médicas se encuentran asociadas al derecho a la protección de la salud[103].

entre sujetos de derecho privado halla reconocimiento o amparo constitucional, sea directo o indirecto, pero inequívoco, como medio a través del cual uno de ellos, en cuanto manifestación del principio de subsidiariedad articulado en la CPR, da satisfacción al ejercicio legítimo de derechos esenciales, en este caso de la contraparte, como sucede con los estipulados en el contrato de salud. Estos contratos no pueden incluir cláusulas que desconozcan o aminoren los derechos fundamentales. Consiguientemente, estipulaciones de esa índole, en la hipótesis que ellas aparecieran pactadas, tendrían que ser reputadas inválidas por ser contrarias a la CPR (TC, rol Nº 976/2007, cc. 39 a 45. En el mismo sentido, roles Nº 1218/2008, cc. 37 a 42 y 1287/2008, cc. 40 a 47 y 61)

[100] Los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social son de naturaleza prestacional o de la segunda generación, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlos en la práctica, habida consideración de que la satisfacción de tales exigencias representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea (TC, rol Nº 976/2007, c. 29. En el mismo sentido, rol Nº 1287/2008, c. 23).

[101] El derecho a la protección de la salud, en cuanto derecho social, se halla sustancialmente ligado a otros atributos esenciales asegurados en la CPR, *v.gr.*, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, como, asimismo, al derecho a la seguridad social, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir legitimidad al ordenamiento (TC, rol Nº 976/2007, c. 32. En el mismo sentido, rol Nº 1287/2008, c. 32).

[102] El derecho a la protección de la salud no es una materia que pueda ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas. En ese sentido, no le corresponde al legislador legalizar o deslegalizar estas materias, pues eso lo define el constituyente. La razón de lo anterior estriba en que, si bien no estamos frente a un caso de reserva absoluta, pues solo las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social (art. 63, N° 4) pertenecen al dominio legal del derecho a la protección de la salud, el Estado no puede renunciar a que se fijen en la normativa legal la forma y condiciones en que la ley determine el deber preferente del Estado para garantizar la ejecución de las acciones de salud. De ahí que no sea constitucionalmente admisible que la determinación de los rangos de la tabla de factores, sea al mismo tiempo materia de reserva legal y una materia que pueda ser regulada, con la misma densidad, por la autoridad administrativa (TC, rol Nº 1572/2009, cc. 43, 44 y 46. En el mismo sentido, roles Nº 1589/2009, cc. 40, 41 y 43; 1629/2010, cc. 40, 41 y 43; 1636/2010, cc. 40, 41 y 43; 1710/2010, c. 149, STC rol Nº 1745/2010, cc. 42, 43 y 45; 1765/2010, cc. 40, 41 y 43; 1766/2010, cc. 40, 41 y 43; 1769/2010, cc. 40, 41 y 43; 1784/2010, cc. 42, 43 y 45; STC rol Nº 1785/2010, cc. 40, 41 y 43; rol Nº 1806/2010, cc. 42, 43 y 45; 1807/2010, cc. 40, 41 y 43; y STC rol Nº 1808/2010, cc. 41, 42 y 44).

[103] Las licencias médicas constituyen un "derecho vinculado a la protección de la salud". Los bienes jurídicos que se trata de resguardar a través de la licencia médica son la vida y la salud, asegurados por Constitución en el art. 19, Nºs 1 y 9, respectivamente (STC 1801, c. 7)

## *2. Derecho a la seguridad social*

Un empleador demandado en juicio ejecutivo por no haber pagado las cotizaciones provisionales de los trabajadores de su empresa, solicita la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dos disposiciones legales[104] que permitían decretar el arresto en su contra para obtener el pago de la respectiva deuda. El Tribunal se pronunció por el rechazó el requerimiento[105].

En el fallo se señala que los derechos públicos subjetivos de la seguridad social se caracterizan por ser:

> "a) patrimoniales, en tanto forman parte del patrimonio de las personas, destinadas a asistirlas para que puedan llevar una vida digna, cuando se verifique algún estado de necesidad; b) personalísimos, de modo que son inalienables e irrenunciables; c) imprescriptibles, en cuanto las personas siempre podrán requerir al Estado o a los particulares que, en virtud del principio de subsidiariedad, administran parte del sistema, los beneficios para aplacar el estado de necesidad que los afecte; y d) establecidos en aras del interés general de la sociedad"[106].

En lo que tiene relación con las cotizaciones previsionales se afirma que se trata

> "de un acto mediante el cual de manera imperativa, por mandato de la ley, el empleador debe descontar determinadas sumas de dinero, de propiedad del trabajador, para garantizar efectiva y adecuadamente prestaciones de seguridad social vinculadas a estados de necesidad que son consecuencia de la vejez y sobrevivencia, esto es, jubilaciones y montepíos"[107].

Por su lado, en lo que respecta al arresto del empleador que no pague las cotizaciones previsionales, la Magistratura Constitucional precisó que, en

---

[104] Estas disposiciones son, a saber, los artículos 12 y 14 de la ley Nº 17.322, cuyos textos preceptúan:

"*Artículo 12*.- El empleador que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores y sus reajustes e intereses penales, dentro del término de quince días, contado desde la fecha del requerimiento de pago si no opuso excepciones, o desde la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia que niegue lugar a ellas, será apremiado con arresto, hasta por quince días. Este apremio podrá repetirse hasta obtener el pago de las sumas retenidas o que han debido retenerse y de sus reajustes e intereses penales.

"*Artículo 14*.- En caso que el empleador sea una persona jurídica de derecho privado o público, una comunidad, sociedad o asociación de hecho, el apremio a que se refiere el artículo 12 se hará efectivo sobre las personas señaladas en el artículo 18".

[105] Rol Nº 576/2007, de 24 de abril de 2007. En el mismo sentido rol Nº 519/2006, de 5 de junio de 2007.

[106] *Ibid.*, considerando 13.

[107] *Ibid.*, considerando 14.

cuanto medida de apremio, cumplía los requisitos constitucionales para ser considerada una medida legítima.

Además, se pronunció en cuanto al fundamento del arresto del empleador señalando al efecto que:

> "una orden de arresto determinada puede o no pugnar con la Carta Fundamental en la medida que ella inobserve o, por el contrario, cumpla con todos y cada uno de los requisitos y medidas ya señaladas, siendo esto último lo que ciertamente ocurre en el caso de autos, tal como se desprende de la lectura de los artículos 12 y 14 de la ley Nº 17.322, conforme a los cuales el apremio puede decretarse si el empleador –o su representante– no consigna las sumas destinadas al fondo previsional y se cumplan rigurosamente los demás supuestos legales".[108]

De este modo, se concluye:

> "el arresto en materia previsional se encuentra establecido expresamente en una ley, en los términos ya señalados. Dicha normativa faculta expresamente a un juez para adoptar tal medida en tanto se den los supuestos legales previstos en los referidos artículos 12 y 14 de la Ley Nº 17.322, esto es, que en el marco de un juicio ejecutivo el empleador –a través de su representante legal– no consigne las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores, dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de requerimiento de pago –si no opuso excepciones– o de la notificación de la sentencia que niegue lugar a las alegaciones opuestas. El empleador es legalmente intimado del arresto no sólo al momento de producirse, sino también en el requerimiento de pago, al señalársele que en caso de mantenerse incumpliendo con su obligación dentro de un plazo, se podrá ver privado de su libertad. A su vez, la referida medida de apremio se lleva a cabo en lugares públicos destinados a tal efecto y se le pone inmediato término en cuanto el arrestado adopta la conducta legal y socialmente deseada, esto es, consigna las cotizaciones previsionales de propiedad del trabajador. Por último, cabe señalar que se está en presencia precisamente de un caso en que quien es privado de libertad por el arresto, lo ha sido por no respetar los derechos legítimos de terceros e incluso por actuar en perjuicio de ellos; de forma tal que en definitiva el empleador sufre el apremio como consecuencia de haber vulnerado un derecho básico de sus trabajadores, respecto de dineros que son de propiedad de estos últimos y que tienen por finalidad social el cubrir sus necesidades de previsión, que dicen relación, ni más ni menos, con su sobrevivencia y vejez"[109].

[108] *Ibid*.
[109] *Ibid*., considerando 20.

### *3. Derecho a la educación*

En lo que se referente a este derecho fundamental, el Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad de extenderse acerca de sus características en requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. No obstante, en el último tiempo, ejerciendo su atribución de control preventivo de normas orgánicas constitucionales y de resolver cuestiones de constitucionalidad que se susciten en la tramitación de proyectos de ley, ha podido pronunciarse sobre aspectos del derecho a la educación que han sido parte del debate de la doctrina publicista nacional.

El Tribunal destaca la diferencia y relación existente entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Así, se indica que la libertad de enseñanza no puede separarse del derecho a la educación, siendo su contraparte. Este exige "que el Estado cree las condiciones para que pueda ejercerse y así las personas logren su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida". Ahora bien

> "para lograr este propósito, pueden perfectamente establecerse regulaciones, pues la comunidad debe contribuir al desarrollo y al perfeccionamiento de la educación"[110].

Además, ha resuelto que la calidad de la educación es un fin que no solo es perseguible por el legislador sino que, además, es una exigencia constitucional que deriva del derecho a la educación que asegura la Carta Fundamental. Así:

> "para este Tribunal la finalidad de mejorar la calidad de la educación es claramente una finalidad que legítimamente puede perseguir el legislador. Esta finalidad está comprendida como un derecho que la Constitución asegura a todas las personas en el artículo 19, N° 10, y, por lo tanto, su persecución no sólo es legítima sino que es una exigencia que el legislador y la autoridad deben requerir"[111].

Del mismo modo, se hace presente que la calidad de la educación es una exigencia para el Estado que impone el derecho a la educación. De forma que:

> "cuando la Constitución asegura el derecho a la educación, exige que el Estado adopte las medidas para que la que reciban los alumnos sea de la mayor calidad posible".

[110] TC, rol Nº 1.363/2009, de 28 de julio de 2009. Sentencia recaída en el control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que establece la Ley General de Educación.

[111] *Ibid.*, considerando 19.

Por lo tanto:

> "si la norma impugnada persigue ese objetivo y establece mecanismos idóneos para alcanzarlo, sin infringir otros principios constitucionales, este Tribunal no tiene ningún reproche que formular"[112].

Se ha precisado que los titulares del derecho a la educación no son los docentes. En efecto: "ellos participan del proceso de instrucción y son parte de la comunidad educativa". Sin embargo:

> "los verdaderos titulares son los alumnos; son ellos, como dice el proyecto, los que 'tienen derecho a recibir una educación que les ofrezca oportunidades para su formación y desarrollo integral' (artículo 10, letra a), sin perjuicio de que lo tengan también los padres (artículo 4°)"[113].

Existe también jurisprudencia en relación con el acceso a la educación superior pronunciada por el TC[114].

Igualmente, se ha sentenciado que la educación tiene, por tanto, por finalidad esencial el acrecentar los conocimientos de los educandos, que es algo de bien común o finalidad pública, lo que autoriza al legislador regular la materia asociada a políticas públicas[115].

Por último, debe citarse un caso reciente vinculado a la educación gratuita superior. Lo que objeta el TC es que a estudiantes vulnerables se les imponga para el goce de la gratuidad, consagrada en la Ley de Presupuestos, condiciones ajenas a su situación personal o académica, como es el hecho de encontrarse matriculados en determinadas universidades, centros de formación técnica o institutos profesionales, estableciendo una eventual exclusión respecto de aquellos. Es por tanto:

> "la aplicación de tales exigencias referidas a las instituciones de educación superior de las cuales forman parte -según como está concebida por esa Glosa de la Ley de Presupuestos-, las que generan diferencias injustificadas

[112] TC, rol N° 1361/2009, de 13 de mayo de 2009. Sentencia recaída en el requerimiento de diez senadores de la república en contra de la constitucionalidad de determinados artículos del proyecto de ley que establece la Ley General de Educación (LEGE).

[113] Ídem. Considerando 56.

[114] El derecho de otorgar educación reconocida oficialmente y conducente a la obtención de un título universitario o técnico-superior, importa la concurrencia de normas de organización y procedimientos que velen por los derechos de todos los integrantes de una comunidad educativa (TC, rol N° 2731/2014, c. 15).

[115] El derecho a recibir educación tiene a los niños y jóvenes como centro del proceso de aprendizaje, puesto que se trata de un derecho social que asegura a todas las personas su pleno desarrollo en todas las etapas de la vida, a través del acceso a la enseñanza formal y no formal y a procesos de educación informal, ya sea de manera estructurada o sistemática, o a través del núcleo familiar y la experiencia de vida (TC, rol N° 2731/2014, c. 17).

> entre estudiantes vulnerables que se encuentran en idéntica situación, lo que resulta contrario al principio de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria, consagrado artículo 19, N° 2°, de la Constitución".

Más aun cuando se les impone una fecha anterior a las reglas sobre gratuidad que les constriñe e imposibilita su voluntad para elegir el establecimiento de educación superior que tenga el beneficio buscado. Así, aquel alumno que se encuentra matriculado en una institución de educación superior que al 30 de septiembre de 2015 tiene menos años de acreditación que los exigidos por la glosa impugnada, no estuvo en situación de acceder al beneficio y, seleccionar la institución que califique para tener derecho a la gratuidad, pues conforme a la fecha que se impone se torna en una situación físicamente imposible, con lo cual

> "queda con mayor evidencia acreditada la discriminación a priori que se hace entre unos y otros estudiantes, que sin embargo, se encuentran en la misma condición socioeconómica".

En consecuencia, la glosa 05:

> "discrimina arbitrariamente entre los propios estudiantes provenientes de los hogares pertenecientes a los cinco primeros deciles de menores ingresos del país, pues les impone requisitos adicionales a su condición personal -ya de por sí vulnerable-, cuyo cumplimiento no depende en absoluto de ellos. Estos criterios de diferenciación no guardan ninguna relación con el fin que persigue el destino de los recursos contemplados, cual es, el de garantizar el derecho social a la educación a aquellos titulares del mismo que se encuentran en igual condición de vulnerabilidad. No resulta razonable, entonces, que para el ejercicio de ese derecho, cuya titularidad solo puede corresponder a las personas universalmente consideradas, se exija el cumplimiento de requisitos que escapan a su propia voluntad y a su propia condición personal"[116].

### *4. Función social de la propiedad*

Los dueños de un fundo solicitan la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una disposición legal[117] que facultaba a la autoridad administrativa para

[116] TC, rol Nº 2935/2015.

[117] La disposición objetada es el artículo 13, del decreto ley Nº 1939 de 1977 que preceptúa:

"Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a estos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los

fijar en las tierras de su dominio las vías de acceso a las playas. Alegaron que la norma reprochada vulneraba su derecho de dominio, pues la vía de acceso limitaba gratuitamente a su propiedad y sin en cuadrarse en las causales que la Constitución Política establece para limitar el derecho de propiedad.

El Tribunal decidió rechazar el requerimiento, en consideración principalmente a la función social de la propiedad[118]. Se determinó que las limitaciones que impone la norma cuestionada son constitucionales, desde el momento que permiten la realización de un fin constitucionalmente lícito, esto es, la utilidad pública de ciertos bienes.

Expresó el órgano jurisdiccional que el precepto legal en cuestión

> "al imponer a los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar la obligación de facilitar el acceso público a ellas y al otorgar a los Intendentes Regionales la potestad de imponerlo así y precisar las vías de acceso, ha empleado un medio necesario, o al menos adecuado, para alcanzar un propósito constitucionalmente legítimo, que queda comprendido en la función social de la propiedad, pues está establecido por el legislador como un medio idóneo de alcanzar un propósito constitucional, determinado en razón de la utilidad pública de ciertos bienes y del interés general"[119].

A su vez, estableció que la limitación al dominio, que supone la norma y que habilitan para conceder el paso público a las playas para fines turísticos y de pesca, sí puede justificarse desde la perspectiva de la función social de la propiedad, toda vez que permiten el acceso a las playas que son un bien nacional de uso público. Así:

> "las playas de mar son bienes nacionales de uso público. Su dominio pertenece a la Nación toda y su uso a todos sus habitantes. En consecuencia, pueden naturalmente ser empleadas por quienes acceden a ellas no sólo, sino también para fines de recreación y pesca. De ese modo, si el legislador ha establecido que el paso público a ese bien nacional a través de propiedades colindantes sólo puede decretarse para esos dos fines, entonces ha limitado y no ampliado el uso que los particulares pueden hacer de esa playa que es, en razón de disponerlo así otros preceptos legales cuya validez constitucional no ha sido impugnada, *de dominio de la Nación toda*. Si, como ya se ha demostrado, es legítimo que el Estado pueda determinar, en los términos que lo hace el artículo 13 del DL

terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquéllos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados".

[118] TC, rol Nº 1.215/2008, de 30 de abril de 2009. En el mismo sentido, rol Nº 1141/2008.

[119] *Ibid.*, considerando 27.

> 1939, el derecho a paso por una propiedad privada para acceder a una playa de mar, por ser esta un bien de uso público en razón de la utilidad que ha de prestar a la Nación toda, entonces no cabe sostener que si ese paso se restringe (y no amplía) a dos posibles usos para el público, se pierde la razón de utilidad pública. No es el bien privado el que se puede utilizar para esos fines recreativos o de pesca, sino la playa, bien nacional que está reservado por otras normas al uso público"[120].

Por otra parte, en diversos pronunciamientos sobre disposiciones legales referidas a materias laborales[121] y de seguridad social[122], el Tribunal ha establecido que las cotizaciones previsionales que el empleador debe enterar para garantizar las prestaciones de seguridad social, son de propiedad del trabajador y en razón de lo anterior, se encuentran tuteladas en el artículo 19, Nº 24 de la Constitución que asegura el derecho de propiedad. Así, se ha resuelto al respecto en relación con esta materia que:

> "tal como lo ha señalado esta misma Magistratura, frente a las cotizaciones de los trabajadores dependientes se estaría en presencia de dineros pertenecientes o de propiedad del trabajador, tutelados por el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República, habida consideración que tales cotizaciones se extraen de la remuneración devengada a favor del afiliado"[123].

### 5. *Protección constitucional al trabajo*[124]

El Tribunal Constitucional ha señalado que la Carta Fundamental

> "reconoce y ampara el derecho a una justa retribución por todo trabajo, aunque se imponga bajo la forma excepcional de una carga, lo que, por lo demás, se vincula ni más ni menos que con la dignidad de la persona"[125].

De esta manera, se acepta el turno de los abogados "teniendo siempre derecho a una justa retribución por el trabajo realizado"[126].

---

[120] *Ibid.*, considerando 31.

[121] TC, rol Nº 767/2007, de 30 de octubre de 2007, en que solicitó la inaplicabilidad del artículo 1 de la ley Nº 18.865, relativa a las contrataciones de profesionales de los Centros de Atención Sanitaria Militar.

[122] TC, roles Nºs 576/2006, de 24 de abril de 2007 y 519/2006, de 5 de junio de 2007. En ambos casos se requirió la declaración de inaplicabilidad de los artículos 12 y 14 de la ley Nº 17.322, sobre Normas para la Cobranza Judicial de Cotizaciones, Aportes y Multas de las Instituciones de Seguridad Social.

[123] *Ibid.*, c. 17.

[124] Sobre la materia Bulnes (1980), p. 215. También, Irureta (2006).

[125] Rol N° 1254/2008, 29 de julio de 2009, c. 85.

[126] *Ibid.*, considerando 87.

De igual forma, se ha destacado que ejercer libremente una profesión implica:

> "desplegar o practicar los conocimientos de la respectiva carrera, ciencia o arte, certificados ya por una entidad competente del país celebrante y ofrecérselos a terceros, sin más limitaciones que las estrictamente necesarias y que se derivan de las normas generales internas del país receptor o de las especiales que la regulan"[127].

La Carta Fundamental prohíbe:

> "toda diferenciación en materia laboral, sea cual fuere el motivo invocado, salvo que se base en la aptitud, talento, cualidad o adecuación de una persona para el buen ejercicio de algo"[128],

a lo que debe agregarse que solo el legislador puede impedir una clase de trabajo, "imposibilitando de esta manera, que una autoridad ajena a la función legislativa pueda adoptar una decisión de esta trascendencia"[129].

Se ha señalado en relación a la libertad de trabajo y su protección que

> "lejos de vulnerarse con la institución del desafuero, se reafirman con la aplicación de éste a los contratos de plazo fijo, pues una relación laboral que finalizaría naturalmente con el vencimiento del plazo para el que fue convenida, necesita de autorización judicial para que el empleador le ponga término"[130].

Por su parte, se ha sostenido que no se vulnera la libertad de trabajo –cuyo contenido esencial es que:

> "a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador, que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución"[131]–

en relación con una disposición que regula el procedimiento de exclusión de los síndicos de quiebra, dado que se trata de personas que no realizan

> "una actividad libre sino sujeta a una intensa regulación, donde se encuentra la inclusión en un registro habilitante y, consecuencialmente, la exclusión de este"[132].

A su vez, en relación con la prohibición que se impone a los jueces tributarios y aduaneros de ejercer cualquier actividad remunerada, se señaló

[127] STC, rol N° 804/2007, 28 de diciembre de 2007, c. 11.
[128] *Op. cit.*, c. 29.
[129] *Op. cit.*, c. 30.
[130] TC, rol N° 698/2006, 14 de septiembre de 207, c. 9.
[131] STC, rol N° 1413/2009, 16 de noviembre de 2010, c. 21.
[132] *Op. cit.*, c. 23.

que se ajusta a la Carta Fundamental, en cuanto se refiere al ejercicio de una actividad laboral por la cual se obtiene una retribución, "sin quedar comprendida en ella la administración del propio patrimonio que (...) posea"[133]. Igualmente, en cuanto a la prohibición de ocupar cargos en otras entidades, sea que persigan o no fines lucro, se estimó que no vulnera la Constitución:

> "si se tiene presente que se está regulando la libertad de trabajo de los nuevos jueces con el razonable propósito de evitar los conflictos de intereses que, como consecuencia de las funciones que están llamados a desempeñar, se les puede presentar"[134].

Debe destacarse un pronunciamiento dirigido contra el artículo 26 bis del *Código del Trabajo*, en cuanto regula las esperas entre turnos laborales que les corresponde cumplir a los choferes y auxiliares del transporte rural colectivo de pasajeros, el que se considera no imputable a la jornada de trabajo y cuya retribución o compensación se ajusta libremente al acuerdo entre las partes.

El Tribunal Constitucional señala que si las aludidas esperas

> "dependen de la discrecionalidad de su empleador y su durante ellas los trabajadores no son libres para hacer lo que deseen sino que deben permanecer dispuestos a seguir las instrucciones que reciban de parte del empleador, esos lapsos deben ser considerados laborados"[135].

En tal sentido se destaca que

> "la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo"[136].

En suma, se sostiene que

> "la garantía constitucional de libertad de trabajo y su protección que declara el artículo 19 N° 16° de la Constitución Política de la República, incluye el reconocimiento de que todo operario debe gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, lo que implica que pueda disponer de descanso adecuado y exista una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo, que le permita disfrutar de tiempo libre para compatibilizar sus obligaciones laborales con los otros aspectos de su vida"[137].

---

[133] STC, rol N°1243/2008, 30 de diciembre de 2008, c. 43.
[134] *Ibid.*, c. 44.
[135] TC, rol N° 1852/2010, 26 de julio de 2011, c. 6.
[136] *Ibid.*
[137] *Ibid.*, considerando 7.

Por último, en materia de negociación colectiva se cuestionó un proyecto de ley que radicaba la negociación colectiva exclusivamente en los sindicatos. De acuerdo con el TC no es razonable, ni menos indispensable, la utilización de criterios de diferenciación que, en sí mismos, transgredan derechos constitucionales o que, en cualquier caso, sean en extremo gravosos, especialmente teniendo en consideración el objetivo buscado. En efecto:

> "la coexistencia de sindicatos y grupos negociadores no constituye, en sí misma, un menoscabo a la actividad sindical. No permitirla, en cambio, constituye una medida extremadamente perjudicial para los grupos negociadores. Lo mismo ocurre con la denegación del derecho a huelga de los trabajadores no sindicalizados con ocasión de una negociación colectiva, cuando ello es posible. En consecuencia, las medidas dispuestas por el Proyecto de ley constituyen una discriminación arbitraria y, por ende, infringen el artículo 19, Nº 2º, inciso segundo de la Constitución"[138].

## IV. Conclusiones

De lo señalado es posible concluir lo siguiente:

1. Los primeros textos constitucionales chilenos del siglo XIX no contienen mayores disposiciones referidas a derechos de contenido social y económico, sino más bien a las libertades públicas, aunque ocasionalmente se hace referencia a la educación pública. La Constitución de 1925 establece que la educación pública es una atención preferente del Estado. A su vez, se impone al Estado el deber de velar por la salud pública. Con las reformas de 1971 se profundiza el Estado Social de Derecho al otorgarse al Estado un papel fundamental en materia educacional, además de regularse por primera vez el derecho a la seguridad social y la justicia de la remuneración laboral.
2. El actual texto constitucional refuerza la servicialidad del Estado y su finalidad de promover el bien común. Asegura nuevos derechos, como el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y resalta el papel fundamental del Estado en relación con las diversas acciones vinculadas a la salud (preventivas y rehabilitadoras), a la promoción del derecho a la educación en sus diversos niveles y al acceso a las prestaciones básicas uniformes en materia de seguridad social.
3. El artículo 20 de la Constitución Política permite que cualquier afectado por un acto u omisión ilegal o arbitraria recurra de protección a las Cortes de Apelaciones en caso que sean amenazados, perturbados o privados sus derechos fundamentales. Entre estos últimos no se

[138] STC, rol Nº 3016/2016.

encuentran tutelados con la acción de protección los derechos de contenido social, de modo que, frente a situaciones abusivas de particulares o de la autoridad, la Corte Suprema ha dado amparo a través de otros derechos, como el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley. Ello es similar a lo ocurrido en jurisdicciones internacionales.

4. Así, por ejemplo, se han dejado sin efecto modificaciones unilaterales de contratos de salud o el no otorgamiento de coberturas por estimarse arbitrario o infundado y atentatorio al derecho de propiedad. Asimismo, se han acogido acciones dirigidas en contra de establecimientos educacionales que se han negado injustificadamente a incorporar a estudiantes o han determinado su expulsión sin un debido proceso, de manera abusiva, vulnerando las normas contractuales.
5. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de efectuar diversos pronunciamientos en relación con los derechos de contenido social y económico, particularmente, a través de la acción de inaplicabilidad.
6. Así, ha señalado que infringe la Carta Fundamental la disposición legal que autoriza modificaciones en los planes de salud en atención a factores vinculados a la edad o sexo del cotizante, declarándose, incluso, recientemente la inconstitucionalidad de la normativa. Por su lado, en el ámbito de la seguridad social no ha estimado como contrarias a la Constitución el decretar órdenes de arresto en contra de empleadores que no han enterado cotizaciones previsionales que son de propiedad de sus trabajadores. También se ha resaltado el acceso de los ciudadanos a las playas, como bienes nacionales de uso público. Del mismo modo, se ha considerado como vulneratorio de la libertad de trabajo una disposición legal que deja al arbitrio del empleador los tiempos de esperas de los choferes de buses. En todo caso, se ha recordado que los procesos de negociación colectiva se radican en los trabajadores, no pudiendo otorgarse el monopolio a los sindicatos.
7. Por último, en el ámbito educacional ha reconocido como legítimo la finalidad perseguida por el legislador de mejorar la calidad de la educación, lo que además es una exigencia para el Estado. Se ha precisado que los verdaderos titulares del derecho a la educación son los alumnos. Finalmente, en materia de educación gratuita superior, el TC objetó que a estudiantes vulnerables se les imponga para el goce de la gratuidad, consagrada en la Ley de Presupuestos, condiciones ajenas a su situación personal o académica, como es el hecho de encontrarse matriculados en determinadas universidades, centros de formación técnica o institutos profesionales.

## Bibliografía

Abramovich, Víctor y Christian Courtis (2004): *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid, Trotta Editorial).

Alcibíades, Roldán (1924): *Elementos de Derecho Constitucional* (Santiago, Imprenta Lagunas).

Álvarez R., Sergio (1990): "Aspectos del derecho a la protección de la salud como garantía fundamental de un Estado de Derecho", en *Revista de Derecho Público*, N° 47/48: pp. 219-229.

Bazán, Víctor (2005): "Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano", en *Anuario de Derecho Constitucional Latimoamericano*: tomo ii: p. 547 y ss.

Bazán, Víctor y Luis Jimena Quesada (2014): *Derechos económicos, sociales y culturales, cómo se protegen en América Latina y Europa* (Buenos Aires, Astrea).

Benda, Ernesto y otros (2001): *El Estado Social de Derecho*, en la obra colectiva Manual de Derecho Constitucional (Madrid, Marcial Pons).

Bernal Pulido, Carlos (2005): "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales", en Carlos Bernal Pulido (ed.): *El derecho de los derechos*: pp. 287-330

Bertelsen Repetto, Raúl (1998): "El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de 15 años de jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, N° 1: pp. 139-174.

Bobbio, Norberto (1991): "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en Rafael de Asís Roig (trad.) *El tiempo de los derechos* (Madrid, Sistema).

Brahm García, Enrique (1999): *Propiedad sin libertad. Chile 1925-1973* (Santiago, Universidad de los Andes).

Bulnes, Luz (1980): "La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho Público*, N° 28: pp. 207-224.

Bulnes, Luz (1988): "El derecho a la salud en los ordenamientos constitucionales chilenos", en *Gaceta Jurídica*, N° 97.

Bulnes, Luz (2001): "El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980", en *Revista de Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, año ii N°4: pp. 131-148.

Bulnes, Luz (2001): "El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980", en *Gaceta Jurídica*, N° 295:

Carbonell, Miguel (2009): *Los derechos fundamentales en México* (México D.F, Porrúa).

Carrasco Delgado, Sergio (1970): "Estatuto de garantías democráticas", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 153: p. 121 y ss.

Cea Egaña, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), tomo ii.

Costa R., Vasco (2001): "Derechos laborales y Constitución de 1980", en Enrique Navarro Beltrán (ed.): *20 años de la Constitución Chilena* (Santiago, Universidad Finis Terrae): p. 287 y ss.

Ferrajoli, Luigi (2010): *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid, Trotta Editorial).

Figueroa García-Huidobro, Rodolfo (2013): "El Derecho a la Salud", en *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 2: pp. 283-332.

Flores Rivas, Juan Carlos (2014): "Derecho a la educación. Su contenido esencial en el Derecho Chileno", en *Estudios Constitucionales*, vol. 12, N° 2: pp. 109-136.

Gaete R., Sergio (1987): "El derecho-deber a la educación", en *Revista de Derecho Público*, N° 41/42: pp. 231-235.

Holmes, Stephen y Cass R. Sunstein (2011): *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos* (Siglo XXI Ediciones).

Huneeus Z. Jorge (1879): *La Constitución ante el Congreso*.

"Informe Final de la CENC" (1981), en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 8: p. 235 y ss.

Irureta U. Pedro (2006): *Constitución y orden público laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena* (Santiago, Ed. U. Alberto Hurtado).

Jordán, Tomás (2012): *Derechos educacionales en Chile, en Derechos económicos, sociales y culturales en orden constitucional chileno* (Santiago, Librotecnia).

Lastarria José V. (1865): *La Constitución Comentada*.

Morales, Leticia (2015): Derechos *sociales constitucionales y democracia* (Madrid, Marcial Pons).

Navarro Beltrán, Enrique (1993): "Recurso de Protección y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 20: pp. 595-601.

Navarro Beltrán, Enrique (2001): *Las Constituciones Chilenas en el siglo xx y sus reformas*, en Enrique Navarro Beltrán (ed.): *20 años de la Constitución Chilena* (Santiago, Universidad Finis Terrae): pp. 19-36.

Navarro Beltrán, Enrique (2002): "Límites al recurso de protección en materia contractual", en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 6: pp. 51-67.

Navarro Beltrán, Enrique (2005): *Soluciones jurisprudenciales a desprotecciones constitucionales, Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Santiago, Ed. Lexis Nexis).

Navarro Beltrán, Enrique (2005a): "Notas sobre potestad sancionatoria de la Autoridad Administrativa y Principio de Legalidad, en *Revista de Derecho Público*, N° 67: pp. 118-128 .

Navarro Beltrán, Enrique (2011): "Control constitucional de las leyes en Chile 1811-2011", en *Cuaderno 43 del TC*.

Navarro Beltrán, Enrique (2011): "La Justicia Constitucional Chilena, después de la Reforma de 2005", en *Libro homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio,* (México D.F, Porrúa): pp. 327-349.

Navarro Beltrán, Enrique y Carlos Carmona (2015): "Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2015", en *Cuaderno 59 del TC*:

Nogueira Alcalá, Humberto (coord.) (2010): *Dogmática y aplicación de los derechos sociales* (México D.F, Universidad Nacional Autónoma de México).

Orrego S., Cristóbal (1986): "El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13: pp. 463-498.

Ortúzar, Pablo (ed.) (2015): *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado* (Santiago, IES).

Percht Pizarro, Jorge (2006): "La laicidad del Estado en cuatro Constituciones Latinoamericanas", en *Estudios Constitucionales*, vol. 4, N° 2: pp. 697-716.

Ribotta, Silvana y Andrés Rosseti (eds.) (2010): *Los derechos sociales en el siglo xxi. Un desafío clave para el desarrollo y la justicia* (Madrid).

Rodríguez O., Oscar (1998): *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta* (Granada).

Serrano, Sol (1993): *Universidad y Nación: Chile en el siglo xix* (Santiago, Editorial Universitaria).

Silva B. Alejandro (1963): *Tratado de Derecho Constitucional* (3 tomos).

Soto Kloss, Eduardo (1992): "Propietarización de los derechos. No una "herejía" sino la "esencia" de lo que es derecho", en *Informe Constitucional*, N° 329 junio.

Soto Kloss, Eduardo (1995): "La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad", en *Revista de Derecho Público*, N° 57/58: pp. 13-28.

Soto Kloss, Eduardo (2001): "El recurso de protección, institución esencial de una sociedad libre", en Enrique Navarro Beltrán (ed.): *20 años de la Constitución Chilena* (Santiago, Universidad Finis Terrae): p. 421 y ss.

Valencia A., Luis (1951): *Anales de la República*.

Vásquez M., José I. y Navarro Beltrán, Enrique (2001): "Las Constituciones vigentes en Chile en el siglo XX y sus reformas", en Navarro Beltrán, Enrique (ed.): *20 años de la Constitución Chilena* (Santiago, Universidad Finis Terrae): pp. 19-36.

Vergara Blanco, Alejandro (1992): "La propietarización de los derechos. Propiedad sobre los derechos", en *Revista de Derecho PUCV*, vol. xiv: pp. 281-291.

# LA REFORMA PREVISIONAL, MÁS ALLÁ DEL 5%

# THE PENSION REFORM, BEYOND 5%

*María José Zaldívar Larraín*[*]
*Andrés Romero Werth*[**]

Resumen: En este trabajo abordamos algunos de los temas considerados en la contingencia previsional chilena reciente que no han sido objeto de la discusión principal, pero que, no obstante, tienen el potencial de convertirse en nudos o avances de gran relevancia en la misma. La incorporación obligatoria de los trabajadores independientes al sistema de pensiones y al resto de la seguridad social es uno de los grandes desafíos de la reforma, el cual enfrenta la complejidad de los intereses del Estado en cuanto empleador de muchos de ellos. En igual sentido, la reformulación del Ahorro Previsional Voluntario Colectivo, el gran fracaso de 2008, da esperanzas de incorporar efectivamente un elemento común en el Derecho extranjero y escasamente utilizado en Chile. Los avances en los procedimientos de cobranza son una de las propuestas más novedosas, con el potencial de generar una importante mejora si son de manera correcta implementados, u otro gran fracaso si no lo son. Por último, la reforma a los sistemas previsionales de las Fuerzas Armadas y de Orden presenta el desafío de compatibilizar tales regímenes con el general sustituyendo los incentivos laborales que el esquema actual genera en beneficio del Estado.

Palabras clave: Reforma de pensiones - Trabajadores Independientes - Ahorro Previsional Voluntario Colectivo - Cobranza Previsional - Pensiones Fuerzas Armadas.

[*] Abogada, Pontificia Universidad Católica. Gerente general en Ciedess. Ex Superintendente de Seguridad Social. Correo electrónico: mjzaldivar@ciedess.cl

[**] Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Colaborador de la OISS. Investigador Jurídico CIEDESS.

Abstract: The following paper presents some of the topics taken into account in the current discussion in the reform of the Pension System in Chile. Although these topics have not been the center of the discussion about pensions, they carry the potential to turn themselves into the tipping point in the Pension System. One of the biggest challenges in the pension reform relates to the mandatory inclusion of independent workers into the pension system and other social security schemes. Particularly, this inclusion involves complexity of the Government as employer of many of these workers. In the same way, the reformulation of the Voluntary Collective Pension Saving (APVC) scheme, the big failure in the 2008 reform, gives hope to effectively establish an element common to foreign pension systems, but hardly ever used in Chile. Improving the contribution collection procedure is one of the most original reform proposals recently made, with the potential of producing an important benefit if it is correctly implemented, or another big failure if it's not. Finally, the pension system reform meets the challenge of making the Law Enforcement and Armed Forces pension scheme compatible with the general one, along with replacing the labor incentives that the scheme produces in benefit of the State.

Keywords: Pension Reform - Independent Workers - Pension Contribution Collection - Voluntary Collective Pension Saving - Armed Forces pension.

* * *

A nueve años de la última reforma previsional importante, realizada por la ley N° 20.255, de 2008, existe un amplio consenso respecto de la necesidad de realizar nuevas modificaciones con el objetivo de perfeccionar el sistema a fin de mejorar el monto final de las pensiones que los chilenos estamos recibiendo. Solo para recordar, el sistema de pensiones chileno se basa principalmente en el ahorro propio y en la capitalización individual, y, a partir de la reforma del año 2008, se complementa con prestaciones no contributivas que conforman el llamado pilar solidario.

Es cierto que en aquella reforma la discusión principal quedó entregada precisamente a la creación y regulación de estas prestaciones, pero existieron otros beneficios y procesos que se podrían decir anexos, como la creación del bono por hijo o el proceso de licitación de carteras de nuevos afiliados, que también se regularon en forma exitosa y constituyeron avances respecto al modelo existente; mientras que otros, de gran relevancia, como la incorporación obligatoria de los independientes no tuvieron la misma suerte.

Es por eso que en este trabajo lo que buscamos es evitar caer nuevamente en la ceguera de los grandes temas de la reforma que ha planteado el proyecto del ejecutivo: en este caso, el aumento de la cotización en cinco

puntos, su administración por un ente público autónomo diferente de las Administradoras de Fondos de Pensiones, el origen y el destino de dichos fondos, que, por lo demás, será y ha sido el centro de la discusión desde su anuncio. En su lugar, nos detendremos en algunos temas que podrían parecer secundarios, se encuentren o no contenidos en el proyecto enviado, y cuya incidencia puede significar tener que nuevamente en un par de años comenzar una nueva discusión respecto de modificaciones necesarias para el sistema.

## A.- Los trabajadores independientes

Uno de los grandes avances que se incorporaron con la ley N° 20.255 fue la regulación de la incorporación obligatoria de los trabajadores independientes al sistema de pensión. No obstante, siendo rigurosos debemos señalar que se trató solo de la incorporación obligatoria de algunos independientes o, incluso con mayor precisión, solo de los boleteros, las personas que por la obligación tributaria del artículo 42 N° 2 de la ley de la renta están obligadas a extender boletas de prestación de servicios, encontrándose afectos a impuesto a la renta respectivo. La precisión es importante porque, si bien una parte importante de los así obligados son trabajadores independientes, en el sentido laboral de no estar sometidos a un empleador ni tener trabajadores bajo su dependencia, también incluye a trabajadores regidos por el estatuto administrativo a los cuales no se les aplica el carácter de independientes, sino que solo están en esta categoría por la obligación tributaria asociada a los contratos de honorarios celebrados con las instituciones fiscales.

Los intentos de cobertura de los trabajadores independientes en Chile tienen una larga historia, partiendo en la ley N° 4.054, del Seguro Obrero Obligatorio, que facultaba la incorporación voluntaria bajo ciertos requisitos; y siendo extendida por la ley N° 10.383, del Servicio de Seguro Social, que incorpora de forma obligatoria a los independientes con rentas inferiores a tres ingresos mínimos anuales. Intentos todos que fueron infructuosos, por lo que, al momento de promulgarse el DL 3.500, primando un criterio de realidad, se vuelve a dejar de lado a este segmento de trabajadores, retornando, en última instancia, a una cobertura voluntaria.

¿Por qué no se avanzó en la obligatoriedad? El principal factor a considerar fue la dificultad del control y fiscalización que se produce de la obligación de cotizar, cuando no hay una entidad intermedia retenedora, a lo que se suma la heterogeneidad de los miembros de la categoría. El concepto de trabajador independiente, tanto en lo jurídico como en los hechos es un remanente, un conjunto donde se agrupa la totalidad de personas que, recibiendo ingresos por las labores personales, no están sujetas al esquema del trabajo dependiente. Es decir, se definen por lo que no son. Esto ha llevado

a que exista un importante número de trabajadores que se encuentren al margen de la seguridad social y de sus prestaciones, con todas las dificultades que eso significa para ellos mismos y para el Estado.

Solamente con el desarrollo de las tecnologías de la información aplicadas al campo tributario, se comenzó a ver la posibilidad de usarlas para darle solución a este antiguo problema de la seguridad social. La idea básica de la reforma era sencilla: todo trabajador sujeto a la obligación de generar una boleta de honorarios se encontraría obligado a realizar cotizaciones: para pensiones una vez al año, con la posibilidad de adelantar su solución mediante pagos provisionales; para el régimen de salud la obligación sería mensual. En uno y otro caso los pagos realizados mes a mes serían sobre la base de la renta declarada, pero en la operación renta del año siguiente (correspondiente a los ingresos del año actual) se reliquidarían los pagos realizados con los montos declarados como ingresos, cobrándose el saldo que faltase, en primer lugar, de las eventuales devoluciones de impuestos y, a falta de estas, de forma compulsiva por medio de tribunales. Avanzada la tramitación del proyecto, se incorporó también la adscripción al Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, como una forma de generar un incentivo para que los independientes cotizaran para el sistema de pensiones, considerando que los beneficios de este seguro los podrían percibir en el corto plazo en caso de sufrir una contingencia, a diferencia de lo que sucede con el sistema de pensiones cuyos beneficios se devengan en el largo plazo, esto es al final de la vida laboral del trabajador[1].

Para fines de la base de cálculo de las cotizaciones de los independientes, se estableció que esta sería de un 80% de las rentas afectas al impuestos de segunda categoría o, si se prefiere, al 80% del monto de la boleta, con mecanismos de reliquidación para los casos de concurrencia de ingresos como dependiente e independiente, y un tope imponible anual equivalente a doce meses de tope imponible[2]. Para facilitar la transición a la obligatoriedad se dispuso un proceso de diez años: los tres primeros mantendrían la voluntariedad existente; los tres siguientes serían obligatorios con la opción de manifestar el deseo de excluirse y pagando sobre una base creciente del 30%, 70% y 100% de la base de cálculo prestablecida; para entrar en un séptimo año de obligatoriedad total para pensiones y accidentes del trabajo, y un décimo año en el cual sería obligatoria también la cotización de salud. Incidentalmente se esperaba que, al normalizarse la situación de las obligaciones previsionales de los independientes, igualándose obligaciones y

[1] Tal incorporación, por desgracia, no consideró las dificultades que supone la prevención en todo el conjunto de las empresas pequeñas, ni la forma de operativizar las cotizaciones variables como incentivo de la misma, todas cuestiones que se diluyen al aplicárselas a los independientes.

[2] Curiosamente, el mínimo no se anualizó.

derechos con los dependientes, desapareciera el estímulo económico de la simulación de contratos a honorarios.

A pesar de lo generoso del periodo establecido, el proceso fue un fracaso, comenzando muy rápidamente a mostrar dificultades. Por lo pronto, la etapa inicial de tres años, que debió ser utilizado para informar y sensibilizar a la población objetivo, no fue efectiva. Por otra parte, una vez iniciado el periodo de obligatoriedad, muchas de las instituciones beneficiadas, particularmente en el sector de la salud laboral, carecían de personal capacitado para recibir las afiliaciones de los independientes. Las plataformas de pago de cotizaciones tardaron en implementar los mecanismos que suponían las nuevas variables utilizadas. No obstante, quizá la dificultad más importante vivida en la implementación fue la poca claridad que había respecto a los plazos de pago de las cotizaciones. Como señalamos, el pago de pensiones era anual, con posibilidad de adelantos, mientras que el pago por riesgos del trabajo era mensual, con una reliquidación anual por los montos adeudados[3]. El resultado de la mezcla fue la impresión de que todos los pagos eran anuales (creencia que se mantiene hasta hoy) y cuyo efecto fue que, si bien se cobraban las sumas adeudadas, como no se estaba al día al momento de un accidentes del trabajo no se podía acceder a las prestaciones. Junto con ello, se comenzó a incrementar el número de trabajadores independientes que optaba por excluirse, cayendo los trabajadores cubiertos desde un 14,19% en 2013, a solo un 7% en 2015. El golpe final al sistema fue dado por la jurisprudencia de los tribunales, los cuales, ante situaciones en las cuales la devolución de impuestos no era suficiente para solucionar el saldo pendiente de pago, rechazaron las acciones de cobranza sobre la base que un trabajador independiente no podía ser acreedor y deudor a la vez.

Así, al acercarse el séptimo año de la etapa de transición, los rumores de una postergación en la aplicación del régimen comenzaron a incrementarse, no obstante la postura de los órganos consultivos del sector pensiones, que apoyaban la necesidad de mantener el proceso. A fines de noviembre de 2015, se da inicio a la tramitación de la postergación, la cual también altera de forma importante el funcionamiento hasta ahora planteado, siendo publicada como la ley N°20.894 en enero de 2016. En lo que a tiempos se refiere, postergó la obligatoriedad otros tres años, haciéndola coincidir con la aplicación de las cotizaciones por salud, permitiendo, también, la realización de pagos de cotizaciones a salud y riesgos del trabajo de forma independiente a los realizados para pensiones, en base a rentas declaradas.

Un segundo elemento de modificación fue la alteración de la prelación de pago de las prestaciones en caso de resultar insuficientes los fondos retenidos por impuestos para su entero. En la ley N° 20.255 primero se pagaban

[3] El pago por salud también es mensual, pero no será obligatorio hasta 2018.

las cotizaciones al sistema de pensiones, sobre la base de que al ser un sistema de acumulación en el largo plazo era más vulnerable a la falta de pago. La solución otorgada por la ley N° 20.894 fue diversa. Partiría pagándose el seguro de invalidez y sobrevivencia, luego la cotización por riesgos del trabajo, las cotizaciones a la cuenta de capitalización individual y la comisión de la administradora, los saldos insolutos de años anteriores y, finalmente, la cotización de salud. ¿Qué ocurre si, como es probable, no pueda pagarse todo o parte de las cotizaciones? Pues se generará una cuenta de saldos por cobrar, ya que además la nueva reforma eliminó la posibilidad de realizar un cobro compulsivo al independiente deudor[4].

Así, si consideramos ingresos anuales por seis millones de pesos (medio millón mensual), se genera una retención tributaria por seiscientos mil pesos. Como se encuentra en el tramo exento corresponde su devolución. Si no se ha pagado ninguna cotización, en la situación original de la ley N° 20.255, el resultado era:

Base imponible: $4.800.000 (80% de seis millones); pensiones (10%) $480.000; seguro de invalidez y sobrevivencia (1,41%) $67.680; comisión AFP (0,41%) $19.680; seguro de accidentes del trabajo (0,95%) $45.500; salud (7%) $336.000. Total $948.860. Pagándose, en consecuencia, la totalidad de los conceptos de pensiones y parte de la cotización por accidentes del trabajo, si bien a esa altura no hay acceso a las prestaciones. No obstante, ello solamente aplica a los trabajadores con ingresos exentos de impuestos, ya que en caso de tener que pagar, el monto de la devolución se reduce, no alcanzando a cubrir la totalidad de los pagos de pensiones.

En el caso de la modificación de la ley N° 20.894, al modificar el orden de prelación, incluso en el caso de un afiliado exento de impuestos comienza a generar un déficit, que en este caso se produce en el pago de las cotizaciones y la comisión de la administradora. Si se considera la obligación de pagar impuestos, entonces la retención no alcanza a financiar las cotizaciones a la cuenta individual.

¿Qué ocurre con la nueva reforma? El tema de los trabajadores independientes ocupa un lugar muy menor en el proyecto, destacando únicamente el hecho de que se establece un nuevo cronograma de aplicación, es decir, se vuelve a postergar la implementación de la obligatoriedad.

La incorporación obligatoria de los trabajadores independientes, hasta la fecha, no ha recibido la atención y cuidado que se necesita para su concreción. Por una parte, tanto autoridades como entidades administradoras de la seguridad social parecieran no haber internalizado que la categoría de

[4] Téngase presente que el artículo N° 4 de la ley N°20.894 hace imposible la aplicación de las normas de la ley N° 17.322 a las deudas por cotizaciones de pensiones. Esto no aplica a la deuda que se genera por salud, ni impide realizar la cobranza por otros procedimientos, lo cual puede ser una vía para el cobro de las comisiones de administración que se adeuden.

trabajador independiente es dinámica, esto es, una persona puede ingresar y salir de ella en múltiples ocasiones, incluso puede coexistir con un empleo dependiente. Por ello, el pago mensual de cotizaciones no es sensato. En muchos casos el trabajo independiente es fuertemente estacional, por lo que el periodo en que se pueden realizar pagos es limitado. Las reformas que apuntan hacia la mensualización de los pagos van en beneficio de las instituciones administradoras de riesgos de corto plazo (salud) que requieren contar con flujos de ingresos, más que en beneficio de una adecuada cobertura, aunque también es cierto que si no se está al día en el pago no se tiene acceso a la cobertura de este tipo de sistemas. Por esta razón, lo más adecuado sería pensar en un sistema de cobro anual, pero con cobertura hacia adelante o a futuro, y no como estaba contemplado en la ley Nº 20.255 que era hacia atrás.

La prelación de pagos también resulta perjudicial, al socavar las posibilidades de acumulación de recursos en el tiempo. Queda la duda respecto a la articulación de estas cotizaciones adeudadas y las nuevas cotizaciones que se introducen, ya que se altera nuevamente la prelación a fin de incorporar el cargo al ahorro colectivo antes que los pagos al ahorro individual. Considerando los montos de cotización y de retención tributaria, los trabajadores independientes no afectos al pago de impuestos solo conseguirán financiar de forma parcial sus cotizaciones a la cuenta de capitalización (cerca del 50% del pago del cuenta de capitalización individual), mientras que aquellos afectos a impuestos podrían, incluso, no concurrir a financiar el ahorro colectivo.

En esta misma línea resulta llamativo que el proyecto de ley no se haga cargo de que una retención de solo el 10% del valor de la prestación de servicios no es suficiente para poder hacer frente a la totalidad de la obligación previsional existente en la actualidad, que es aproximadamente de un 21%, considerando el 7% para salud que aún no es obligatorio y que, de aprobarse el proyecto enviado al Parlamento, aumentaría en un 5% más. Es necesario, por lo tanto, alinear ambas cifras, para evitar que esta deuda de los independientes con la Seguridad Social siga aumentando y puedan acceder a los beneficios de esta. En tal línea, los diferentes informes que fundaron las reformas de pensiones de la última década ya habían hecho hincapié en la necesidad de incrementar el monto de la retención. No obstante, al tratarse de un monto que compite con las obligaciones tributarias, para un independiente afecto a impuestos el solo aumento de la retención es insuficiente. En tal línea debería ajustarse el mecanismo conforme a la modalidad que se utilizaba para las empresas, esto es, una retención variable en función del comportamiento del año previo, la cual aumenta (o disminuye) si se cumple voluntariamente con la provisión de los pagos.

Por último, muy en línea con lo anterior, el elemento más perturbador es la imposibilidad de obtener el pago de las cotizaciones adeudadas. En la práctica ello fue una respuesta a la jurisprudencia que señalaba la imposi-

bilidad del independiente de ser acreedor y deudor a la vez. Sin embargo, tal aproximación es resultado de un análisis superficial de las obligaciones de seguridad social, que, como parte del derecho social, es una mezcla de disposiciones de orden público establecidas en resguardo de la comunidad y de instituciones privadas, en beneficio de los sujetos. El error se produce al combinar la propiedad de los fondos de pensiones en beneficio del afiliado y el hecho que el mismo afiliado sea deudor. Ciertamente, una persona no puede cumplir una obligación de dar en beneficio propio. Pero la objeción es que la seguridad social no comprende únicamente obligaciones de dar, sino que hay una fuerte presencia de obligaciones de hacer. Generalizando, es posible decir que la seguridad social opera con dos niveles de obligaciones: por una parte, la obligación de entrar en una relación contractual dirigida por el Estado, ya sea en la forma de un seguro, como en el sistema de salud o de riesgos del trabajo; o de un patrimonio de afectación, como en la cuenta de capitalización individual o la cuenta individual del seguro de cesantía; y en un segundo nivel se encuentra la obligación generada por tal contrato, la que a su vez puede ser de dar o hacer. Y el caso específico del sistema de pensiones contiene toda la variedad, ya que cuenta con tres componentes diferentes: es una obligación de dar en cuanto el pago de la comisión y del seguro de invalidez y sobrevivencia transfieren el dominio de tales fondos, pero es una obligación de hacer respecto a la cuenta individual, precisamente porque se mantiene la propiedad. Digno es notar que ello ocurre no solo en el caso del trabajador independiente, sino que también del dependiente. El empleador es un agente retenedor y, como tal, entrega a la institución previsional fondos que se consideran propiedad del trabajador desde el momento en que le pagó la remuneración, por lo que dicho pago no transfiere el dominio de los mismos, cuestión que explica que el no entero de cotizaciones previsionales descontadas constituya un delito de apropiación indebida y no un mero incumplimiento contractual.

## B.- El ahorro previsional voluntario colectivo

Una de las grandes innovaciones introducidas por la ley N° 20.255, fue la creación del marco regulatorio de los planes de ahorro colectivo (APVC), elemento bastante común en los sistemas de pensiones comparados, pero que hasta esa fecha recibía escasa atención en nuestro país, dadas las características más individualistas de nuestro sistema. Con todo, la misma experiencia comparada muestra las dificultades del establecimiento de los planes, particularmente las asociadas al uso de beneficios fiscales y la eventual discriminación que puede producirse. Por otra parte, también existe abundante evidencia respecto al impacto potencial de los mismos en la acumulación de recursos para el momento de la jubilación. Por ello, el establecimiento del

APVC en nuestro país traía consigo importantes expectativas. En su arquitectura original, se trataba de planes contratados por el empleador por sí y en representación de sus trabajadores, con una institución autorizada para hacerlos, en los cuales se determinarían las condiciones del plan: niveles de aporte, quienes aportarían, propiedad de los fondos, plazos mínimos de permanencia, etc. No obstante, se establecían unas condiciones mínimas a los términos especificados: el ofrecimiento a adherir a estos planes debería realizarse a todos los trabajadores; no podría discriminarse entre trabajadores respecto al acceso a un plan o a las alternativas de ahorro existentes en los mismos; los aportes patronales deberían mantener la misma proporción en relación con el aporte de los trabajadores, con la sola excepción de poder contener un tope máximo, así como un tiempo mínimo de permanencia. En cuanto al tratamiento tributario de los aportes, estos se considerarían para la empresa como gastos necesarios para producir la renta al incorporarlos al plan, pero como ingresos al retirarlos, mientras que para el trabajador sus aportes podrían optar por quedar afectos a impuestos, en cuyo caso el retiro sería exento de ellos, o eximirlos de impuestos, quedando gravado su retiro.

La discusión legislativa en torno al APVC generó varias modificaciones que apuntaban a precisar su funcionamiento, entre las cuales la principal fue la creación de un segundo régimen de bonificaciones tributarias para el APV y el APVC, que entregaría el 15% de lo ahorrado en el año, con un tope. Dicha innovación fue producto de las críticas a los escasos incentivos que reportaba este instrumento de ahorro voluntario para las personas de ingresos bajos y medios. No obstante, también existieron críticas similares respecto a la efectividad que podría tener como incentivo para los empleadores, así como también propuestas dirigidas a permitir que los fondos así acumulados pudiesen tener usos no previsionales, como, por ejemplo, para vivienda y educación, y así permitir incentivar aún más su adscripción. En suma, existían dudas respecto al interés que generaría el instrumento entre los trabajadores y los empleadores.

En los hechos las dudas se mostraron fundadas, dado que la utilización de los mecanismos de incremento de cobertura contributivos planteados por la ley N° 20.255, ha sido marginal[5]. Desde diciembre de 2009 a marzo de 2017, las estadísticas del APVC muestran que el primer impulso del mecanismo llegó hasta diciembre de 2013, donde existieron dos mil doscientas cuentas individuales que involucraban a ciento veintidós planes de APVC, las que mantenían un saldo promedio de $543.000. Tres años y medio después, conforme la última estadística disponible, en marzo de 2017, las cuentas son mil trescientas setenta y tres, en noventa y tres planes de APVC, con un saldo promedio de un millón setecientos mil pesos. Si se

[5] Tanto el APVC como la afiliación voluntaria y la afiliación de independientes.

considera la cobertura en relación a la totalidad de los cotizantes al sistema, es inferior al 0,5%.

Teniendo presente la importancia del ahorro voluntario en la construcción de una futura pensión, en los beneficios anexos que esta forma de ahorro colectivo trae consigo, así como en la baja cobertura que este instrumento ha registrado en nuestro país, resulta indispensable proponer modificaciones al APVC. Por lo cual, bajo un diagnóstico en el que se destaca como uno de los principales obstáculos la poca flexibilidad del instrumento, la principal modificación planteada es eliminar la disposición de no discriminación que de forma tan rigurosa planteara la ley N° 20.255, suprimiendo la referencia al carácter igualitario de los planes y a la proporcionalidad de los aportes realizados a los trabajadores. No obstante, como al derecho repugna el concepto de discriminación, se exige que la existencia de aportes diferenciados se justifique en el nivel de remuneración, vinculándose también a este hecho a eventuales diferencias en el tiempo necesario para adquirir la propiedad de los aportes patronales. Aprovechando la experiencia internacional, el proyecto de reforma introduce la inscripción automática de los trabajadores al plan, con opción de exclusión, cuestión que tiene reconocidos efectos positivos en el ámbito comparado, producto de la inercia conductual de las personas.

Finalmente, quizá el punto más delicado es el tratamiento tributario del beneficio, donde se debe equilibrar la capacidad de hacer atractivo un régimen que es estrictamente voluntario, con el gasto de recursos y su eventual concentración en los segmentos de mayor poder adquisitivo[6]. Conforme la propuesta, el tratamiento tributario del trabajador permanece, cambiando el del empleador, el cual mantendrá el tratamiento de gasto necesario respecto a una parte de sus aportes, y la otra generará un crédito, siempre que su aporte supere el del trabajador y represente a lo menos un 0,5% de su remuneración. El monto del crédito y, en consecuencia, también de la porción que será gasto, depende del nivel de remuneraciones del trabajador, con un mínimo de 4%, para remuneraciones anuales superiores a 895 UF y un máximo de 25%, para remuneraciones inferiores a 315 UF anuales. En todo caso, existe un crédito tope de 1,4 UF por trabajador.

También se incorpora la posibilidad de uso adicional de los recursos, permitiendo el retiro de hasta el 25% de los aportes del empleador, que ya sean de su propiedad, por una sola vez por cada relación laboral, pero sujeto al pago de impuestos.

Con todo, quedan dudas razonables respecto del grado de incentivo que esta regulación tiene para la creación y adscripción a planes de APVC. Desde el punto de vista del empleador parece todavía demasiado rígido en

[6] En el Derecho Comparado tal situación ha generado amplios debates respecto a la estructura del sistema de pensiones en Australia.

su estructura. Los planes no deberían tener requerimientos para su creación en sí mismos, sino para acceder o no a los eventuales beneficios tributarios, permitiendo la coexistencia de multiplicidad de planes diferentes. En tal sentido, los planes previsionales ocupacionales del sistema australiano (*Superannution*) son un ejemplo valioso. En ellos se contiene un componente mínimo, tanto de aportes como de beneficios[7], los cuales pueden ser alterados, dentro de ciertos límites, para generar una pensión anticipada al trabajador que, como contrapartida, debe iniciar un periodo de transición al retiro, dando fecha cierta de desvinculación de la empresa, entre otras modalidades posibles.

De igual forma, el crédito otorgado al empleador por los aportes patronales parece pequeño en comparación al concedido a otro tipo de donaciones, donde el beneficio tributario corresponde al 50% del monto donado con ciertos topes, existiendo si ciertas restricciones para evitar el aprovechamiento por personas relacionadas.

## C. Cobranza de cotizaciones

Una de las grandes novedades que introduce el proyecto de reforma se da en el funcionamiento de la cobranza previsional, la cual busca que sea realizada de forma centralizada, por medio de una importante reingeniería al artículo 19 del DL N° 3.500. La idea de unificar el proceso de cobro cuando el deudor es el mismo lleva bastante tiempo siendo debatida, teniendo la potencialidad de simplificar bastante el funcionamiento de estos procedimientos. No obstante, también cuenta con ciertas dosis de dificultad. En lo que refiere al proyecto en sí, solo ordena la existencia de un sistema único de cobranza de cotizaciones, regulando, asimismo, la distribución de los montos obtenidos en representación de varios afiliados que abarquen a varias administradoras. Sin embargo, gran parte de las normas propuestas refieren a otras futuras que dictarían los reguladores del ramo. También queda en el aire el problema de la responsabilidad por fallas en la tramitación, o los efectos cuando estas múltiples demandas se generan en tiempos diferentes. Quizá la mayor dificultad de todas sea el que no se aborda la situación de las demandas previsionales cuando son parte de una demanda laboral, lo que permitiría a un trabajador salir del conjunto y ser pagado de forma preferente sobre los demás.

En síntesis, si bien la propuesta parece un avance respecto de la situación actual, alcanzar su pleno potencial dependerá del grado de atención y supervisión que se dé al desarrollo de la idea y las soluciones a las dificultades prácticas que progresivamente irán apareciendo.

[7] 9,5% de aportes, y un beneficio a suma alzada retirable a una edad determinada por el Estado (*preservation age*) de cincuenta y cinco a sesenta años, que exige retirarse de la fuerza de trabajo.

En esta línea no es trivial que se mencione la necesidad de contar con fuentes de información compartidas por las distintas entidades que tienen injerencia en esta materia. Actualmente la base de información de obligaciones previsionales más completa es la de Previred, entidad privada que recauda cotizaciones previsionales de manera electrónica, y a pesar de que el objetivo de esta en ningún caso es o ha sido el de fiscalizar, la información que posee es valiosísima para poder cumplir con esta función.

Por otro lado, existen distintas entidades públicas que tienen parcelas de información, que si estuvieren en línea o se compartieran podrían ser facilitar las acciones de cobranza. Por ejemplo, información del Servicio de Impuestos Internos o de las municipalidades respecto de los domicilios actualizados de empleadores, a fin de poder notificarlos válidamente, o información del Servicio de Impuestos Internos y de Tesorería respecto de eventuales devoluciones de impuestos que pudieren permitir solucionar deudas respecto de terceros. La Dirección del Trabajo, órgano llamado a fiscalizar el correcto cumplimiento de las obligaciones previsionales, debería poder contar con toda la información actualizada en línea, y no a través de solicitudes remotas.

## D. Las pensiones de las Fuerzas Armadas y de Orden

"Con un nivel de cotizaciones similar, las pensiones de las Cajas de las FFAA y de orden son entre 4 y 7 veces mayores que en el sistema general", así titulaba a fines de marzo Ciedess el lanzamiento de su estudio sobre el sistema de pensión de militares y de carabineros, que abordaba el funcionamiento de los mismos, luego de estar un año sujeto al escrutinio público que significó el develamiento de las imponentes pensiones pagadas a funcionarios de la administración civil de dichas reparticiones, las cuales habrían excedido los parámetros legales.

Abordar el funcionamiento de las últimas Cajas de Previsión abiertas en Chile se mostró justificado, atendido que para personas que han vivido bajo el paradigma del funcionamiento del sistema de capitalización individual, en que el conocimiento del antiguo régimen de Cajas es principalmente teórico, el funcionamiento de estas instituciones es sumamente extraño.

El primer factor a considerar es que se trata de dos Cajas diferentes: una que abarca al sistema de las Fuerzas Armadas (ejército, marina, aviación) y otra a las Fuerzas de Orden (Carabineros, Investigaciones, Gendarmería), cada una de las cuales cuenta con personalidad jurídica propia. No obstante lo cual, las prestaciones existentes en una y otra son extremadamente similares, contando con los mismos tipos de pensiones, idénticas nomenclaturas y requisitos análogos. En comparación, el Instituto de Previsión Social mantiene la administración de varios regímenes que son diferentes entre sí, tanto

en las prestaciones que otorgan como en los requisitos para acceder a las mismas. Más raro todavía es que el financiamiento realizado a través de imposiciones se divide en varios fondos, cada uno de los cuales representa una prestación diferente, al cual concurre junto con otras fuentes de financiamiento. Entre estos fondos se encuentran varias peculiaridades, tales como el Fondo Revalorizador de Pensiones, creado en 1968 como un mecanismo de ajuste de los beneficios para evitar su merma producto de la inflación[8], el cual quedó obsoleto en 1979, cuando el DL N° 2.547 estableció un mecanismo de reajuste automático a las pensiones otorgadas con posterioridad a su dictación, y al que tras casi cuarenta años se sigue cotizando. Otra notable curiosidad es que no obstante estar administrados por una misma institución (CAPREDENA), el financiamiento de las prestaciones sanitarias de cada una de las ramas de las FF.AA. tiene su propio fondo, más un fondo adicional de la misma CAPREDENA. En el sector de orden la situación es similar, toda vez que bajo una misma administración (DIPRECA) las prestaciones otorgadas por desahucio tienen regímenes diferentes que dependen de la institución a la que se esté vinculado (Carabineros, Investigaciones o Gendarmería) y, existiendo un fondo de medicina preventiva y curativa, hay otro fondo específico para el hospital DIPRECA.

En realidad, este tipo de funcionamiento era típico en la antigua seguridad social chilena, donde los regímenes de previsión eran de corte ocupacional, esto es, vinculados al trabajo que realizaba el afiliado, contando con la administración integral de los diferentes campos que componen la disciplina. En el caso específico del sistema previsional de las FF.AA. y de Orden, existe una necesidad apremiante de modernización de su normativa orgánica la cual data de principios del siglo pasado, lo que se suma una dispersión importante de su normativa, entre diversos cuerpos legales, varios de los cuales están sometidos a derogaciones parciales, sobreviviendo solamente uno o dos artículos en uso. No es exagerado decir que estas instituciones están reguladas por un conjunto de retales.

Con todo lo negativo que ello puede ser, no es el asunto más significativo del sistema. Como se ha remarcado en los últimos años, que el sistema previsional de las Fuerzas Armadas y de Orden sea un régimen especial se justifica en la particularidad del empleo por ellas realizado. Tal afirmación tiene algo de cierta, toda vez que se trata de carreras sujetas a un único oferente de empleo: el Estado, y cuyo ejercicio fuera de este o es imposible o está fuertemente limitado, sin una reeducación profesional. A su vez, se trata de verdaderas carreras funcionarias: la progresión en el escalafón se encuentra regulada y sujeta a evaluación, y la posibilidad de tener que abandonar de manera involuntaria la institución antes de completar la carrera es cierta.

[8] Recordemos que la reajustabilidad automática de las pensiones, hoy pagadas en unidades de fomento, no fue una medida generalizada durante el régimen de Cajas de Previsión.

No obstante lo antedicho, existen tres puntos a lo menos en los cuales es posible realizar observaciones de fondo: la cobertura personal, el nivel de imposiciones y el acceso a ciertos beneficios.

En lo que tiene relación con la cobertura personal, el carácter de miembros de las FF.AA. y de Orden y las peculiaridades de estas profesiones son, como ya se señaló, la principal justificación de su existencia. El problema se presenta en que no son estos funcionarios los únicos cubiertos por estos programas. También se incluye a los funcionarios de cada una de las Cajas de Previsión, a los profesores de las instituciones involucradas (aunque sean civiles), a quienes gocen de pensiones de estos regímenes, a funcionarios de ciertas instituciones incorporados por leyes especiales, a los alumnos de las escuelas institucionales, a las cargas familiares del personas de planta y al personal de las subsecretarías de Guerra, Marina y Aviación, para efectos de la atención médica. La ley orgánica de CAPREDENA, incluso, incorpora al personal del Registro Civil[9]. En suma, no todos los beneficiarios de estos regímenes cumplen con las condiciones por las cuales se justifica su existencia, siendo, en buena parte, trabajadores corrientes que realizan labores administrativas y cuya incorporación al sistema de capitalización individual no debiese suponer un problema de continuidad. Esta característica se extiende también a varios funcionarios propiamente militares, cuyas actividades profesionales en las instituciones armadas no suponen por sí una dificultad para realizar sus actividades posteriormente en el mundo civil, tales como el personal sanitario o legal.

El segundo punto, el nivel de las imposiciones, merece particular atención, toda vez que estos regímenes son el exponente más extremo de un problema, pero en modo alguno los únicos aquejados por él: la elusión previsional fiscal. En términos generales, los conceptos de evasión y elusión son derivados de la doctrina del Derecho Tributario, particularmente, del angloparlante, representando dos formas diferentes de evitar la generación de obligaciones. En la evasión ello es realizado a través de un mecanismo antijurídico, que, en su forma más burda, constituye un mero incumplimiento y, en las más elaboradas, una simulación, pero que, en ambos, casos su develamiento acarrea una sanción. La elusión, en tanto, es el producto de la aplicación de un beneficio normativo, el cual puede ser utilizado o no de la forma pretendida por el legislador, pero cuyo resultado es la exención de la obligación. Observada que sea la conducta, aun cuando no sea el uso para el cual fue creada la norma, es una actuación legítima y por tanto no punible[10]. En el caso de la Seguridad Social, estas categorías tributarias toman un

[9] Situación que muestra los efectos del abuso de la derogación tácita de normas, y ha generado el enfrentamiento judicial de algunas instituciones con el Estado por la poca claridad del estatuto aplicable.

[10] Hay que reconocer, en todo caso, que en la legislación reciente, evasión y elusión se utilizan como sinónimos, no obstante su clara diferencia conceptual.

giro adicional, por cuanto aquí el Estado es tanto el regulador del sistema y mantenedor de los intereses públicos que este involucra, como un sujeto obligado más, en cuanto empleador de los funcionarios públicos. De allí que sea posible que el Estado regulador dicte normas en beneficio del Estado empleador, pero en perjuicio del interés general. En este caso la elusión toma la forma de prestaciones no remuneracionales.

Las prestaciones no remuneracionales corresponden a un conjunto de ingresos recibidos por el trabajador por parte del empleador que, en teoría, corresponde a una devolución de gastos que el primero realiza. Los más comunes de estos son las asignaciones por colación y locomoción; no obstante, en la mayoría de los casos, los pagos realizados no tienen relación con los costos realmente soportados en tales asuntos. También componen esta categoría los viáticos y la asignación por desgate de herramientas. Como sin duda podrá apreciarse, es posible utilizar formalmente estas categorías para evadir tanto el pago de impuestos como el pago de cotizaciones, toda vez que los ingresos no remuneracionales no forman parte de la base de cálculo de ninguna de estas obligaciones. Sin embargo, como el uso meramente formal de estas se constituiría en un abuso del derecho, la doctrina tributaria, reconocida también por el Derecho Laboral[11], limitan su uso a un monto razonable, por lo cual, en el sector privado, la presencia de ingresos no remuneracionales por montos anormales genera que la empresa sea llamada a justificar su pertinencia ante el fiscalizador tributario.

El problema se suscita porque en el sector público, y de forma particular en el sector de las Fuerzas Armadas y de Orden, los elementos que componen la remuneración son determinados por ley, la cual puede arbitrariamente darles el carácter de no remuneracional, reduciendo su categorización ya no a la naturaleza del pago sino a la mera voluntad legislativa, simplemente porque la ley lo dice.

Y los efectos de ello son serios. Si consideramos los ingresos que recibe un miembro del cuadro de suboficiales del Ejército, conforme a los promedios publicados por la institución en el portal de transparencia durante 2016: un cabo, primer nivel de este escalafón, tuvo, en promedio, ingresos[12] brutos por $509.397, de los cuales el 58%, es decir, $295.489 tenían el carácter de no remuneracional. Si se quiere ver desde la perspectiva de un trabajador del sector privado, es similar a recibir ingresos por $500.000 y cotizar para pensiones únicamente por $200.000. En el extremo opuesto de la carrera, un suboficial mayor recibía, en promedio, ingresos por $1.504.691, de los cuales estaban afectos a descuentos solo $744.392, es decir, el 49%. En el caso de Carabineros la situación llegaba a ser más radical, ya que, para

[11] Toda vez que involucra a principios laborales como la buena fe, la primacía de la realidad y la razonabilidad.

[12] Ingresos por cuanto incluye los componentes no remuneracionales.

los carabineros, las asignaciones no remuneracionales constituían el 60% de los ingresos.

En principio, se puede pensar que tal situación es un franco abuso legislativo en beneficio de estas instituciones (o de sus miembros), pero ello debe ser descartado, ya que los beneficios también se calculan sobre la parte imponible de los ingresos, esto es, sobre la remuneración. Como ejemplo un caso notable: un carabinero raso, conforme a datos de 2016, tiene ingresos promedio por la suma de $578.390, pero, de ellos, solo constituye su remuneración y por lo tanto es imponible, la suma de $228.471, el 40%. En este punto es donde tales sistemas toman un giro notable, ya que para acceder a una pensión de estas Cajas, se requiere cumplir un tiempo mínimo de permanencia de veinte años, para obtener una pensión equivalente a $^2/_3$ de los ingresos, los cuales, una vez cumplido el tiempo mínimo, cambian su carácter, ya que varios de los sus elementos que eran no imponibles se tornan imponibles, adicionándose una asignación que compensa la pérdida de poder adquisitivo que supone la nueva base de cálculo. Si se consigue llegar a los treinta años de servicio en la institución, la pensión corresponde al 100% de los ingresos imponibles. En cambio, en caso de abandonar la institución y, por tanto, dejar el régimen de Cajas, se genera un bono de reconocimiento equivalente a los aportes realizados. Con lo cual, como puede apreciarse, un miembro de estas Cajas, con un ingreso de quinientos, puede estar cotizando solo por doscientos; en caso de jubilarse dentro del sistema, puede optar por una pensión que cercana a sus ingresos reales, pero que, en caso de retirarse, solo le devuelve los aportes realizados por los doscientos, lo que se constituye en un fuerte incentivo a no abandonar la carrera. De allí que resultan preocupantes las declaraciones respecto a la facilidad de reformar estos regímenes. Sí, abordar una reforma en este campo es imprescindible, pero ello no será fácil ni barato. Si lo que se busca es crear un mecanismo compatible con el sistema de capitalización dos serán las principales dificultades: la necesidad de ajustar el gasto de personal al nivel real de ingresos y la pérdida del elemento "fidelizador" implícito en la arquitectura del sistema.

Un tercer punto de discusión en torno a estos regímenes se ha dado en torno a sus beneficios por invalidez, lo que en la nomenclatura de estas instituciones corresponde a las pensiones por inutilidad. Existen tres clases de estas: las que corresponden a una pérdida de capacidad que imposibilita la continuación del servicio profesional (1°), las que implican una inferioridad fisiológica para ganarse el sustento en la vida privada (2°) y las que impiden de forma total e irreversible valerse por sí mismo (3°). Las dificultades de estas prestaciones tienen varios flancos. Por una parte, la calificación de un sujeto como inválido para alguna de ellas es realizado por la propia institución a la cual pertenece, lo cual deja espacio para dudas acerca de su idoneidad; por otra parte, el cálculo del beneficio se realiza sobre la base de las prestaciones que recibe el mismo grado y con igual antigüedad en ejercicio,

más un aumento del 10% y tope en la remuneración íntegra, para la primera clase; mientras que, para la segunda y tercera, la prestación se calcula en una base *ad hoc*, sobre el total de los ingresos, de los cuales solo se excluye el rancho (asignación de colación) y con un monto mínimo equivalente a sargento segundo o teniente, todo ello sin reevaluación.

La discusión sobre la pertinencia de las pensiones de invalidez y su calificación dista de ser un tema sencillo. En estos regímenes especiales debe considerarse que se combinan las pensiones del sistema de capitalización con las del sistema de accidentes del trabajo, las cuales, si bien comprenden el mismo concepto de invalidez, una cierta pérdida permanente de capacidad de ganancia, lo hacen sobre dos bases diferentes: en el primero, sobre la capacidad general; en el segundo sobre el trabajo actual, lo que marca diferencias importantes. En tal sentido, deberían existir parámetros objetivos predefinidos para la evaluación de los efectos previsionales que permitieran realizar la evaluación por una entidad externa. Por otra parte, plantear la posibilidad de reevaluar estas pensiones parece un contrasentido respecto de la dirección en que se han desarrollado las prestaciones por invalidez del sistema de AFP, donde precisamente se han reducido las instancias de reevaluación[13].

El problema de la existencia de este sistema de pensiones paralelo, por cierto, tensiona aún más el debate que se está llevando a cabo en nuestro país a fin de mejorar el monto de las pensiones que están recibiendo los imponentes del sistema de capitalización individual. Y es por eso que a pesar de que, en estricto rigor, no fue incorporado este tema en los proyectos enviados al Congreso por el Ejecutivo, hemos creído oportuno en este artículo darle cabida.

Como hemos tratado de explicar, dar una solución real a la problemática del sistema previsional de las Fuerzas Armadas y de Orden pasa necesariamente por sincerar el nivel de remuneraciones de sus integrantes, así como por dejar de utilizar las prestaciones de seguridad social como herramienta de fidelización. En este sentido, pareciera que para cumplir con este objetivo otras vías debiesen ser exploradas, pero nos parece improbable que la solución a estos problemas tenga un costo inferior al gasto actualmente realizado.

[13] Y lo mismo se propone respecto del funcionamiento de las prestaciones solidarias. En ambos casos, la estabilidad ganada puede llevar a la generación de abusos.

# ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO FUNDAMENTO ESENCIAL DE UNA ORGANIZACIÓN POLÍTICA HUMANIZADA Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS SOCIALES

# SOME REFLECTIONS ON THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY AS AN ESSENTIAL BASIS OF A HUMANIZED POLITICAL ORGANIZATION AND ITS RELATIONSHIP WITH SOCIAL RIGHTS

*Salvador Mohor Abuauad*[*]

Resumen: Al momento de determinar la organización política y jurídica de una sociedad, se requiere la adopción de una mirada, de carácter filosófico, que sirva de base para resolver las relaciones de interdependencia existentes entre las libertades y los derechos sociales; lo que conlleva a resolver si se trata de categorías de derechos antagónicas o si, en realidad, se trata de las diferentes caras de una misma moneda.

Palabras clave: Subsidiariedad - Rol del Estado - Teoría política

Abstract: When determining the political and legal organization of a society, the adoption of a philosophical view is required, which serves as a basis for resolving the interdependent relations between liberties and social rights; what it entails to solve if it is about antagonistic rights categories, or, if in fact it is about the different sides of the same coin.

Keywords: Subsidiarity - Role of the State - Political Theory

[*] Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Premio Montenegro. Abogado. Profesor de los cursos de Derecho Político y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: amaproyect@gmail.com

## I. El principio de subsidiariedad en el contexto de las ideologías. Esquema

La configuración de una organización política y la idea de organización social que conlleva presupone, de manera más o menos consciente, la adopción, en el plano de la filosofía política, de alguno de los siguientes principios:

a) La adhesión a una concepción que exalta el poder del Estado como supremo ordenador de las relaciones humanas. Su característica esencial es, en lo institucional, la concentración del poder, y, en lo axiológico, la elevación de la seguridad a la categoría de valor esencial;

b) La adhesión a una concepción que, reconociendo el papel ordenador preponderante del Estado, tolera pragmáticamente el ejercicio de los libertadores, atenuados por la acción ordenadora del mismo Estado, siendo este último quien, por sí y ante sí, distribuye las respectivas competencias. En esta hipótesis, la concentración institucional del poder, si bien basada fundamentalmente en la necesidad de preservar la seguridad, abre camino al ejercicio de las libertades, en la medida definida por el Estado, pero sin que ellas por tanto representen una efectiva limitación al ejercicio del poder, tendencia representada en buena medida por la socialdemocracia en cuanto promueve una corriente de pensamiento socialista, democrática y reformista.

c) Una concepción organizativa basada en la primacía de la libertad respecto del Estado, concepción que engloba básicamente dos tendencias: la del liberalismo individualista del siglo XIX con su Estado gendarme, por una parte, y la de un liberalismo moderado por el principio de subsidiaridad y la economía social del mercado, que en esa medida se configura y forja al influjo de la doctrina social de la Iglesia Católica. El ordoliberalismo, manifestación específica del neoliberalismo, surgida en Alemania durante la primera mitad del siglo XX, vinculada a la Escuela de Friburgo es, a nuestro juicio, expresión de esta última tendencia. Sus exponentes más característicos, Walter Eucken, Franz Böhn y Leonhard Miksch, junto a economistas como Röpke, Rustow y Erhard, buscan salvar los valores morales tradicionales, atenuando los excesos del mercado, y buscando neutralizar, así, los nefastos efectos del nazismo. Como expresa Néstor P. Sagües:

> "el propio liberalismo individualista terminó por aceptar la necesidad de una reformulación sistemática: el neoliberalismo. Elabora, de tal modo, la noción de economía social de mercado"[1].

En esencia las dos primeras concepciones axiológica y metodológicamente construyen la organización social a partir del poder. La última, en cam-

[1] Sagües (2016), p. 8.

bio, lo hace a partir de la libertad, sin perjuicio de las coincidencias materiales que puedan existir, especialmente con la concepción ecléctica o intermedia. Pero en tal caso subsisten, por cierto, las diferencias axiológicas.

Pues bien, en esta inteligencia, es nuestro propósito poner de manifiesto en este artículo las bondades del principio de subsidiaridad en el marco de una organización política fundada en el respeto de las libertades como límite efectivo del ejercicio del poder, y en el principio de solidaridad social como neutralizador de sus eventuales excesos.

## II.-Elementos teóricos de la subsidiariedad y consagración Constitucional

Este principio rector de la sociedad, fundado en la primacía de la persona y de las organizaciones intermedias frente al Estado, que encuentra sus raíces en la doctrina social de la Iglesia Católica y que, por tanto, es parte de la concepción humanista occidental cristiana de la sociedad, ha sido objeto de variadas interpretaciones y cuestionamientos a través del tiempo y es nuestro propósito contribuir en alguna medida a su esclarecimiento. La idea es objetivizar su concepto, características, efectos y proyecciones, despojándolo de prejuicios e ideologismos.

En doctrina suelen distinguirse dos dimensiones de este principio: la dimensión negativa y la dimensión positiva. En su dimensión negativa este principio postula:

a) Que el Estado debe reconocer y proteger la libertad de las personas y la autonomía de los cuerpos intermedios que integran la sociedad civil, para realizar y emprender de modo preferente actividades tendientes a satisfacer sus necesidades y alcanzar sus fines propios y específicos;
b) Y en su dimensión positiva dicho principio reserva al Estado, por razones de bien común, la potestad exclusiva para asumir las siguientes actividades:
   b1) Aquellas que les son inherentes (funciones clásicas del Estado) y por tanto exclusivas;
   b2) Aquellas que por razones estratégicas de bien común sea conveniente que permanezcan dentro de la órbita de acción estatal en un momento histórico determinado, como, por ejemplo, el régimen constitucional de la propiedad minera;
   b3) Aquellas que los particulares no realizan, o realizan de modo deficiente, insuficiente o ineficiente, con el solo propósito de suplirlas, complementarlas o rectificarlas, teniendo siempre presente la conveniencia de resituarlas o mantenerlas, según sea el caso, en el sector privado, a través de acciones tales como la colaboración y apoyo, regulación, promoción, rectificación, asistencia o pro-

tección social y la asunción directa de la actividad con carácter transitorio.

El principio de subsidiaridad no está expresamente consagrado en algún artículo de la constitución bajo esa denominación –como no lo está, por ejemplo, el principio de separación de funciones de cuya consagración constitucional nadie duda–, pero su presencia y reconocimiento, sin perjuicio de la historia fidedigna de la constitución y la jurisprudencia del TC, queda en evidencia a través de diversos preceptos constitucionales que se han plasmado sobre la base de su filosofía y constituyen, de manera tácita, su expresión normativa. En efecto, por lo que respecta a su dimensión negativa, que se traduce en un "dejar hacer" a los privados, ella encuentra su fundamento normativo general en los principios de libertad y autonomía consagrados en el artículo primero, inciso 1° y 3° de la Constitución, y sus manifestaciones específicas se concretan en diversos preceptos constitucionales que aseguran de modo preferente a los particulares el desarrollo de una actividad en el ejercicio de un derecho fundamental, y decimos preferente porque la Constitución solo asegura esos derechos, en cuanto tales, a las personas mas no a la autoridad: artículo 19 numerales, 21, 22, 23, 24, 25, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 18 y 19. Tales preceptos garantizan a los particulares bajo determinados condicionamientos, un papel protagónico en la economía, la minería, el uso y goce de las aguas, la salud, la seguridad social y la educación, entre otras.

Por lo que se refiere a la dimensión positiva del principio de subsidiaridad, es decir, aquella que por razones de bien común impulsa la intervención del Estado para suplir, complementar o rectificar las deficiencias, ineficiencias o insuficiencias del actuar privado, ella encuentra su fundamento general en las disposiciones del artículo 1ª incisos 4° y 5° de la Constitución, puesto que tales preceptos le imponen al Estado el deber de generar condiciones sociales de bien común, resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, así como integrar de forma armónica a todos los sectores de la comunidad nacional, removiendo los obstáculos económicos, sociales y culturales que impiden que las personas puedan gozar plenamente de sus derechos, asegurando, de este modo, que puedan participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Ello pone en evidencia la servicialidad y solidaridad del Estado, desde que al actuar de este modo colabora con las personas y los cuerpos intermedios en la satisfacción de sus necesidades.

Todas estas actividades las desarrolla el Estado en la lógica de la subsidiariedad. Por lo tanto, algunas de esas actividades las realiza porque les son inherentes; otras, porque estratégicamente conviene que las asuma en un momento histórico determinado; y, en fin, las otras para suplir, complementar o rectificar las deficiencias, ineficiencias o insuficiencias del actuar privado.

Por lo que respecta a las manifestaciones específicas de la dimensión positiva, ella se insinúa, por cierto, en aquellos ámbitos de actividad que la

Constitución reserva a los privados, con el propósito de asegurar la consecución de objetivos de bien común, cuando la actividad privada es inexistente, insuficiente o deficiente, desde el punto de vista de la obtención de tales objetivos. En este contexto de ideas se comprende la actividad subsidiaria que realiza el Estado en los ámbitos empresarial, de la seguridad social, de la salud, de la educación, del transporte y de la vivienda, entre otras, siempre con el propósito de complementar, suplir o rectificar las deficiencias, ineficiencias o insuficiencias del actuar privado. En el plano de la administración regional, provincial y comunal, la actividad subsidiaria del Estado se lleva a cabo respectiva y sucesivamente para complementar o rectificar las deficiencias o insuficiencias de las instancias orgánicas inferiores (municipalidades, provincias y gobiernos regionales), según se desprende, por ejemplo, de las normas constitucionales y legales relativas al régimen presupuestario de tales entidades, a las actividades del transporte, la construcción, cuidado del ambiente, atención de emergencias y catástrofes, principalmente, sin perjuicio de la actividad subsidiaria que se produce entre esas mismas instancias, respetando el orden de jerarquía existente entre ellas.

De la sola conceptualización del principio de subsidiaridad puede observarse que dicho principio está llamado a armonizar los requerimientos del poder y la libertad, puesto que la idea subyacente es dejar que la libertad y la autonomía se expresen de manera libre en los diversos ámbitos de la vida relacional, pero sin perjuicio de la intervención que cabe al Estado o ente público respectivo, en el ejercicio del poder, para suplir, complementar o rectificar las deficiencias, ineficiencias, o insuficiencias a las que eventualmente puede conducir el ejercicio de la libertad. Por lo tanto, nada más alejado de la realidad es sostener que el principio de subsidiariedad relega al Estado o sus organismos a una situación de pasividad e indiferencia social.

En este punto me parece conveniente recordar las lecciones de Derecho Constitucional de André Hauriou en torno a la conceptualización del Derecho Constitucional. En síntesis, después de desestimar el concepto de Marcel Prèlot que en su definición de Derecho Constitucional parece exaltar el elemento poder en desmedro de la libertad y el concepto de Mirkine Guetzevitch que, por el contrario, exacerba la libertad en detrimento del poder, concluye que el objetivo del Derecho Constitucional no es otro que el de armonizar o conciliar los requerimientos del poder y la libertad, sin que ninguno de estos elementos pueda relevarse o sacrificarse en desmedro o en favor del otro. Llega a esta conclusión a partir de su concepción sobre la bidimensionalidad de la naturaleza humana. Una de esas dimensiones es la naturaleza social del hombre que lo impulsa a vivir en sociedad y que el autor considera como la fuente y el fundamento del poder, pues no hay sociedad sin poder. La otra dimensión es la individual, que lleva al hombre a afirmar su propia personalidad frente a los demás y que vendría a ser la fuente de la libertad y de los derechos individuales. Por lo tanto, deduce

nuestro autor que el poder y la libertad no son una creación artificial de la mente humana, sino emanaciones o proyecciones de la naturaleza humana. Siendo así, ambos elementos deben siempre concurrir en toda forma de organización política, sin que ninguno pueda exaltarse en desmedro del otro. De ahí es que, a su juicio, formas políticas como la anarquía y el totalitarismo no pueden subsistir por mucho tiempo, pues tratándose de expresiones contrarias a la naturaleza humana están destinadas a desaparecer.

Pues bien, el principio de subsidiaridad está precisamente en línea con la finalidad esencial del Derecho Constitucional: compatibilizar o armonizar los requerimientos del poder y la libertad. En este contexto de ideas, dicho principio responde de forma admirable a las diversas dimensiones de la naturaleza humana y se encuentra por tanto indisolublemente ligado a ella.

## III. Visión crítica del principio de subsidiariedad

Sin embargo, el principio de subsidiaridad no ha recibido el reconocimiento generalizado a que, por su naturaleza, se hace acreedor, pues se le suele considerar, en especial, en sectores de izquierda, o aun nacionalistas, como la vía a través de la cual el capitalismo, atenuando los excesos del liberalismo individualista del sigo XIX, busca, por una parte, su legitimación social y, por otra, la justificación de la desigual distribución de la riqueza, asegurando así la instauración y conservación de un modelo económico en que no impera la justicia social y que busca preservar su situación de predominio. Todo lo anterior sería consecuencia de la lógica con que opera en la práctica el principio de subsidiaridad. En efecto, dicho principio empujaría al Estado a desprenderse de actividades de evidente interés social, bajo la filosofía de que tales actividades, por su naturaleza, debieran ser asumidas por los particulares, sentando así los presupuestos de su privatización total o parcial. En la vertiente crítica que se esboza, la privatización acarrea fundamentalmente dos inconvenientes.

Primero, porque ella siempre se produce en favor de un sector, el sector más pudiente de la sociedad, y no en beneficio de toda la comunidad y, segundo, porque ese sector se mueve en función del lucro y al hacerlo, necesariamente descuida la situación de los más débiles y margina de los beneficios sociales que ofrece a quienes no pueden pagarlos, deficiencias que se observarían en diversos ámbitos, especialmente, en los de la salud, la educación y la seguridad social.

De esta manera, el principio de subsidiaridad llevaría al Estado a actuar en función de los intereses privados, dejando de cumplir con su función social de bien común. En consecuencia, la aplicación del principio de subsidiaridad terminaría, en la práctica, favoreciendo el desarrollo del capital en perjuicio del trabajo, y la concentración de la riqueza en desmedro del interés general.

Asumimos por razones argumentativas que las deficiencias reseñadas sean efectivas. En tal caso, cabría preguntarse si esas deficiencias son atribuibles al principio de subsidiaridad en sí o, más bien a la forma como dicho principio habría venido aplicándose en la práctica. La pregunta es en absoluto pertinente, porque, siguiendo la lógica inherente al principio, es deber del Estado detectar y enfrentar tales irregularidades y, según se ha expresado al conceptualizar dicho principio, corresponde al Estado rectificar, suplir o complementar las deficiencias, ineficiencias e insuficiencias del actuar privado, precisamente actuando en la lógica del principio de subsidiaridad y no fuera de ella. Si esto eventualmente no ha ocurrido, ello no parece ser imputable al principio mismo sino, más bien, a quienes tienen el deber de aplicarlo en el ejercicio del poder estatal.

De todo lo dicho resulta que las críticas formuladas al principio de subsidiaridad no son, en realidad, un cuestionamiento al principio en sí, sino a quienes tienen la responsabilidad de aplicarlo en todas las modalidades y variantes que dicho principio comprende. Por lo tanto, cabe preguntarse si sería razonable suprimir el principio de subsidiaridad, robustecer el Estado y multiplicar consecuentemente su estructura orgánica y funcional, con el aumento del gasto fiscal y la tributación consiguientes, para entregarle la gestión y control directos de todas las actividades susceptibles de ser emprendidas por las personas y agrupaciones intermedias; o si sería razonable coartar la libertad, el legítimo incentivo del lucro razonable, la creatividad y la iniciativa privadas de las cuales, en definitiva, depende el desarrollo y el progreso social, ante y por el solo riesgo de los eventuales abusos a que pudiera conducir el ejercicio de la libertad. Porque, acaso, no es igualmente un riesgo, enfrentar la eventual corrupción, abuso, e ineficiencia que puedan producirse al interior de las diversas esferas del poder estatal, con el agravante de las dificultades que ofrece la resistencia frente a un poder desmedido.

Por lo ya referido creemos que entre un sistema que ahogue la libertad y exacerbe las prerrogativas del poder y otro en que se defiende a ultranza el desenfreno de un liberalismo individualista extremo, parece razonable adherir a una forma de organización política representativa del justo medio en que el poder y la libertad convivan en una relación de armonía y de equilibrio, y esa organización no es otra, a nuestro juicio, que aquella en que las relaciones del Estado y las personas se regulan por el principio de subsidiaridad. Parece igualmente razonable concluir que es preferible partir de un sistema que confiriendo a la libertad el carácter de un valor prioritario, la restrinja en aras de la justicia social, a un sistema que partiendo de la omnipotencia del Estado confiere a sus administrados, migajas de libertad.

## IV. Los derechos sociales como expresión de la subsidiariedad

En un régimen de democracia neoliberal como el que se ha descrito en oposición al liberalismo individualista, el reconocimiento y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales debe estimarse como una manifestación específica del principio de subsidiaridad. En efecto, tales derechos han terminado institucionalizándose con el propósito de propender a un mejoramiento de las condiciones de vida, especialmente de los sectores más vulnerables de la sociedad, y presuponen, por tanto, la intervención del Estado con miras a esa finalidad. Por una parte, los Estados deberán procurarse recursos para el financiamiento de las prestaciones económicas, sociales o culturales con las que satisfacen tales derechos, principalmente a través de tributos, subsidios, becas, cotizaciones obligatorias, expropiaciones, etc. Por otra, deberán promover la inversión productiva a través de un ejercicio gubernamental y legislativo tendiente a estimular y favorecer la acción del sector privado como motor de desarrollo económico, lo que en definitiva habrá de redundar en mayores recursos para el propio Estado.

Pues bien las intervenciones estatales a que se ha hecho mención y cuya finalidad última es el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas mediante la satisfacción de tales derechos, habrán de realizarse con carácter subsidiario, vale decir, para suplir, complementar o rectificar las deficiencias, insuficiencias o ineficiencias del sector privado y que, concretamente, se manifiestan en la incapacidad para atender de manera íntegra y efectiva las necesidades sociales, económicas y culturales de las personas. Por lo tanto, tales intervenciones habrán de concebirse y materializarse a partir del respecto a las libertades consideradas como manifestaciones esenciales de la naturaleza humana, procurando armonizarlas con los requerimientos de la seguridad social. Para los sectores más vulnerables, las libertades poco o nada significan al margen de la satisfacción de sus necesidades vitales, pero no puede perderse de vista que, en último término, su finalidad es precisamente llegar a gozar de ellos. La libertad es el último norte. Porque, en efecto, si las personas nacen libres, puesto que su carga genética no les es impuesta por una voluntad externa sino que, por decisión del Creador, es el resultado espontáneo de la interacción biológica, ¿en razón de qué propósitos exógenos y ulteriores, podría justificarse el sometimiento a una voluntad tiránica que obstruya el libre y legítimo desarrollo de sus potencialidades? Partiendo, entonces, del respeto a esa libertad es que el sistema político debe procurar reconocerla y garantizarla en todo lo que favorece el desarrollo y el progreso social, impidiendo y previniendo solo y razonablemente sus excesos. Es este, pues, un fundamento esencial de la subsidiaridad.

Será, por tanto, en el marco de un sistema político que basa la intervención del Estado en el principio de subsidiariedad, que habrán de adoptar-

se todas las medidas que se estimen necesarias y convenientes para alcanzar el pleno y efectivo goce de los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre el particular, el artículo 2, N°1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone:

> "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

Como podrá observarse, según lo dispone el Pacto, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales se irá logrando progresivamente. Distinta es la situación de los derechos civiles y políticos, pues de conformidad con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Estados habrán de reconocer y garantizar de inmediato el pleno cumplimiento de tales derechos o libertades, poniendo a disposición de las personas cuyos derechos hayan sido violados, un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en el ejercicio de funciones oficiales (art. 2°, N° 2 y 3).

Esta diferencia de criterios en torno a la modalidad de satisfacción de los derechos, responde, por cierto, a la distinta naturaleza de los mismos. Mientras los derechos económicos, sociales y culturales exigen para su satisfacción de un papel activo del Estado, que termina traduciéndose en el otorgamiento de prestaciones económicas o de servicio, previa la adopción de medidas para procurarse los recursos económicos que se destinarán a ese fin, los derechos civiles y políticos solo exigen fundamentalmente para su satisfacción de la abstención del Estado, lo cual no significa por cierto su inactividad absoluta, puesto que, como se especifica en el preámbulo del Pacto respectivo, se deberán crear condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, como, por ejemplo, la conservación del orden público y las medidas legislativas a que haya lugar una acción gubernamental que promueva el ejercicio de las libertades, sin desvirtuarlas.

En el plano de la satisfacción de los derechos sociales, la intervención del Estado es más directa, visible y progresiva, pues su satisfacción presupone una acción destinada a favorecer un nivel de desarrollo económico que la haga materialmente posible, como se desprende de los artículos 1°, 2°, 6° y 11° del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la plena efectividad de estos derechos se irá logrando de manera progresiva, precisamente por la acción de los Estados.

Por la razón anterior es que el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no contempla, a lo menos de modo ex-

preso, entre las medidas que habrán de adoptar los Estados para alcanzar la efectividad de estos derechos, la judicialización de la pretensión social, reconociendo, en cierto modo, que su satisfacción más que depender del ejercicio de un recurso o de una acción judicial, dependerá de los medios económicos de que dispongan los Estados. Esta lógica es la que a nuestro parecer, de manera muy general, se trasunta en el artículo 1°, inciso final de la Constitución de 1980, puesto que la labor de integración armónica de los diversos sectores de la comunidad nacional, mediante la remoción de los obstáculos económicos, sociales y culturales que impiden que las personas puedan gozar plenamente de sus derechos y libertades, y que define la función de promoción de los derechos esenciales de la persona humana (artículo 5° inciso 2°de la Constitución), no es algo que se logre de un día para otro, sino que exige de un proceso de desarrollo y progreso social que habrá de tomar algún tiempo. De ahí es que no cabría concebir que las exigencias de mejoramiento de las condiciones de vida de las personas puedan judicializarse, a lo menos de una manera genérica e indiscriminada.

En la lógica de lo que se ha venido señalando, consta en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución que, precisamente por las razones que se han indicado en los puntos que preceden, se desechó la procedencia del recurso de protección en materia de derechos sociales, por ejemplo, tratándose de los derechos a la protección de la salud, a la educación y a la seguridad social. Para ilustrar esta improcedencia se ironizaba sobre lo absurdo de habilitar el recurso de protección para exigir la construcción de un hospital, o la de un colegio, o la creación de plazas de trabajo, frente a todo lo cual el Estado, a no dudar, se vería en la imposibilidad de cumplir las sentencias judiciales que eventualmente acogieron semejantes pretensiones.

Sin embargo, no concordamos con esta interpretación ni tampoco creemos que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales pueda servir para justificarla. Esperar a que se alcance la plena efectividad de los derechos sociales mediante la configuración de condiciones y la adopción de medidas que propendan al mejoramiento de los presupuestos de vida, para recién entonces habilitar la procedencia de acciones o recursos jurídicos que los hagan efectivos en caso de violación, parece contradictorio con los propósitos del mismo Pacto. El artículo 2°, N° 1 de dicho Pacto, si bien no consagra de manera expresa el acceso a un recurso jurídico como medida que deba adoptarse para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se consagran en el Pacto, implícitamente podría entenderse que sí lo hace, cuando, además de las medidas económicas que los Estados habrán de adoptar con ese objeto, el Pacto alude a las *medidas técnicas* que habrán de adoptarse con el mismo fin, entre los cuales lógicamente cabría considerar las acciones o recursos jurídicos, pero, por cierto, limitada su procedencia "al máximo de los recursos de que se disponga", como expresamente previene la disposición que se comenta. De

no ser así, los Estados quedarían en situación de poder defraudar fácilmente las expectativas del pacto, a pretexto de que no habiéndose obtenido aún un desarrollo económico que asegure la plena efectividad de tales derechos, no sería de utilidad práctica habilitar la procedencia de mecanismos jurídicos, ante la insuficiencia de recursos económicos que permitan el financiamiento de las prestaciones económicas o de servicios mediante los cuales esos derechos deben satisfacerse. Precisamente por esta razón es que no resultan convincentes las argumentaciones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), para justificar la improcedencia del recurso de protección en materia de derechos sociales.

La reticencia de los Estados en lo que respecta a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, suele, pues, relacionarse con la cuantía limitada de recursos económicos para satisfacerlos frente a necesidades sociales ilimitadas, lo que justificaría la ausencia de mecanismos jurídicos que permitan judicializar las pretensiones de los afectados. De aceptarse semejante criterio, la suerte de los Derechos del Pacto quedaría sellada, y estos permanecerían como meras declaraciones programáticas imposibles de cumplir. No es esta, según creemos, la filosofía del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales según ya se ha señalado en los puntos anteriores. Por el contrario, pensamos que, de acuerdo con su texto y espíritu, los Estados están obligados a satisfacer tales derechos en la medida en que razonablemente lo permitan los recursos de que disponen (artículo 2, N° 1 del Pacto).

Lo dicho en el punto anterior presupone como medida tendiente a obtener la plena efectividad de estos derechos desde la perspectiva jurídica, la delimitación a través de la ley, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo de los beneficios económicos, sociales y culturales que los titulares de los derechos respectivos pueden concretamente exigir y obtener del responsable de su satisfacción, en la medida de los recursos disponibles y habilitadas de manera específica por la ley para el financiamiento de tales beneficios, determinados en proporción a ellos. Dependiendo del derecho afectado, el responsable podrá ser el Estado o los particulares que la ley precise o determine en cada caso.

La intermediación de ley que cualifique y cuantifique de antemano los beneficios que pueden exigirse en el ejercicio de estos derechos, de conformidad con los recursos disponibles, constituye el límite predecible de las pretensiones que sus titulares pueden hacer valer ante los tribunales en caso de una eventual infracción o desconocimiento y aleja o impide con ello el riesgo de indeterminación de la pretensión y el activismo judicial consecuente. En efecto, conociéndose desde ya la calidad y el monto de los beneficios o prestaciones que se pueden exigir ante los tribunales en el ejercicio del derecho afectado, la prevención presupuestaria que de tales beneficios o prestaciones hayan hecho el Estado o los particulares responsables de su satisfacción, debiera asegurar o garantizar su satisfacción efectiva.

De este modo, los derechos económicos, sociales y culturales adquieren la calidad jurídica de derechos subjetivos en sentido estricto, vale decir, aquellos en virtud de cuyo ejercicio sus titulares quedan en situación de exigir del ente responsable (el Estado, sus organismos, personas o entidades privadas a las que la ley imponga el deber de satisfacerlos), prestaciones económicas o de servicios, para cubrir sus necesidades vitales, recurriendo para ello a los tribunales competentes. Así, los derechos económicos (por ejemplo, el derecho al trabajo, a su protección y a las condiciones equitativas de trabajo), los derechos sociales (por ejemplo, el derecho a la seguridad social, a la protección de la salud o a la protección a la familia) y los derechos culturales (por ejemplo, el derecho a la educación, o a participar en la vida cultural) pasan a transformarse efectivamente en verdaderos límites al ejercicio de la soberanía y dejan de ser simples declaraciones programáticas destinadas a orientar la acción del Estado (artículo 5°, inc. 2° de la Constitución).

De conformidad con lo anterior, los deberes que el artículo 1° inc. final de la Constitución impone al Estado, en una lógica de complementación e interdependencia, entran a operar de manera paralela a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, mientras el Estado desarrolla su acción de protección de la población y de la familia y propende a la integración armónica de todos los sectores de la sociedad, con miras a asegurar la igualdad de oportunidades, en la medida de sus recursos y de acuerdo con sus políticas públicas, las personas paralelamente quedan en situación de exigir, en el ejercicio de tales derechos, las prestaciones económicas o de servicio que, a través de la intermediación legal, hayan sido predeterminadas cualitativa y cuantitativamente, de conformidad con las disponibilidades de recursos que provienen de la redistribución de ingresos, y de aquellos que el propio Estado haya podido procurarse a través de la acción empresarial que eventualmente desarrolle en el marco de la subsidiariedad. El artículo 53 N° 3 de la Constitución española parece ser fiel expresión de estas ideas. Dispone expresamente:

> "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegadas ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

Por lo señalado, se comprenderá el error en que parece haber incurrido el constituyente de 1980 al no extender la procedencia del recurso de protección al ámbito de los derechos sociales, dando con ello lugar al fenómeno de la propietarización de los derechos que, gracias al ingenio de nuestros profesionales y a la tolerancia de los tribunales, ha terminado imponiéndose en sede judicial, prácticamente como único medio de protección de los derechos sociales.

Las ideas que se han vertido en este ensayo han debido ser tenidas en consideración por el constituyente de 2005, al extenderse mediante la reforma constitucional de ese año, el ámbito de acción del recurso de protección a las omisiones que generan contaminación. En efecto, tras esas omisiones subyace, por una parte, la inacción del Estado en la adopción de prestaciones medioambientales de conservación, reparación y mejoramiento ambiental, y, por otra, la reticencia de la industria en el mejoramiento y modernización de los procesos tecnológicos de producción. En ambos casos se observan deberes de acción social incumplidos. Pues bien gracias a dicha reforma los titulares del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, podrán exigir, vía recurso de protección, la adopción por el Estado de prestaciones medioambientales para enfrentar la contaminación, así como la reestructuración de los procesos tecnológicos de empresas que contaminan, aunque a condición de que la ley los haya cualificado y cuantificado de acuerdo con lo señalado anteriormente, puesto que la reforma a que se alude exige que se compruebe la ilegalidad de la omisión respectiva.

La conveniencia de habilitar un recurso jurídico que haga posible la protección directa de los derechos sociales (y no de modo indirecto como resulta de la propietarización de los derechos), a la luz de lo que ya se ha expresado, no debiera despertar reticencias, sobre todo teniendo en consideración la evidente interdependencia lógica y material existente entre los derechos sociales y las libertades. Intentaremos sintetizarla.

1. Las condiciones que los Estados deben generar y las medidas que deben adoptar en el marco del principio de libre determinación (artículos 1° y 2° el Pacto) a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, si bien, en principio, pueden llegar a significar restricciones al ejercicio de las libertades, especialmente al derecho de propiedad, a la libertad económica, a la libertad para adquirir bienes o la libertad de trabajo, en definitiva tales restricciones propenden al fortalecimiento de ellas, puesto que los beneficiarios de la acción social del Estado buscan, en último término, poder llegar al disfrute de esas mismas libertades.
2. La insatisfacción de los derechos sociales termina poniendo en peligro el goce de los derechos civiles o libertades al generar un clima de enfrentamiento de clases que puede conducir a la inestabilidad institucional. De ahí la preocupación del constituyente de 1980 por favorecer la integración armónica de todos los sectores de la comunidad (art. 1° inc. final de la Constitución).
3. La adhesión al principio de subsidiariedad garantiza la moderación en las acciones que el Estado emprenda para alcanzar progresivamente una situación de plena efectividad de los derechos sociales, al buscar promover el goce de los mismos sin destruir las libertades que imprimen su sello a las democracias liberales, generándose así un clima de armonía en la satisfacción de las distintas categorías de derechos.

El debido equilibrio entre ambas, será la tarea que habrá de llevar adelante un gobierno consciente de sus responsabilidades. No se trata de vestir a un santo, desvistiendo a otros, como reza el refrán.

4- Por último, debe observarse que la generación de condiciones y la adopción de medidas que los Estados habrán de emprender con miras al logro progresivo de la plena efectividad de los derechos sociales constituye un poderoso estímulo al desarrollo y al progreso social de los pueblos, al servicio del bienestar de todas las personas, desarrollo que habrá de ser la fuente de recursos de que precisamente se nutra el Estado para emprender su acción social.

Al término de estas rápidas reflexiones y observando, con alguna detención, las relaciones de interdependencia existente entre las libertades y los derechos sociales, surge la interrogante de si estamos ante categorías de derechos antagónicas, o si, en realidad, se trata de las diferentes caras de una misma moneda: la naturaleza humana que, esencialmente, es una e indivisible, y las diferentes modalidades de satisfacer sus exigencias. Siendo así, los mecanismos de exigibilidad jurídica de estos derechos no debieran ser diferentes en función de consideraciones que, a la luz de lo que se ha expresado en estas líneas, parecen artificiosas.

## Bibliografía

Vasák, Karel (1978): *Les dimensions internationales des droits de l´homme: manuel destiné à l´enseignement des droits d l´homme dans les universités* (Paris. Karel Vasák)

Mayorga, Roberto (1988): "Los derechos económicos, sociales y culturales. Naturaleza Jurídica", en *Cuadernos de análisis jurídico Universidad Diego Portales*, N°6.

Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.) (2010): *Dogmática y aplicación de los derechos sociales. Doctrina y jurisprudencia en Chile, Argentina y Perú* (Santiago, Librotecnia).

Pereira, Antonio Carlos (2016): *Teoría Constitucional* (2ª ed., Santiago, LexisNexis).

Pissarello, Gerardo (2007): *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción* (Madrid, Editorial Trotta).

Sagües, Néstor Pedro (2016): *Manual de Derecho Constitucional* (2ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea).

Escobar Fornos, Iván (2003): *Los derechos humanos y su defensa* (Managua, Hispamer).

Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo (1995): *La Tutela jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y difusos* (Navarra, Editorial Aranzadi).

Bujoa Vadell, Lorenzo Mateo (1996): *La protección jurisdiccional de los intereses de Grupo* (Barcelona, José María Bosh. Editor S.A).

*Otros*

*Cuadragésimo anno*, Pío XI 1931.
*Rerum Novarum*, León XIII 1891.
*Mater et magistra*, Juan XXIII 1961.
*Guadium et spes*, Concilio Vaticano II 1965.
*Populorum Progressio*, Pablo VI 1967.
*Centesimus Annus*, Juan Pablo II 1991.

# LA SEGURIDAD SOCIAL Y LOS SISTEMAS DE PENSIONES. LAS NUEVAS HERRAMIENTAS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

# SOCIAL SECURITY AND PENSION SYSTEMS. THE NEW TOOLS OF CITIZEN PARTICIPATION

*María Eugenia Montt Retamales*[*]

Resumen: Teniendo presente el tema central de esta edición de la revista *Actualidad Jurídica*, resulta procedente la incorporación de una materia que tiene una íntima relación con los derechos sociales de las personas y, en especial, lo referente a la institucionalización de las prestaciones que les permiten satisfacer todas las necesidades que se generan en los diferentes ámbitos de la vida y del quehacer ciudadano. Para cumplir con este objetivo, y no sin antes recordar el sustento básico de esta materia, se entrega una visión general del antiguo sistema de pensiones, por las razones que se indican, y del nuevo sistema previsional, los aspectos esenciales que deben conocerse para poder ejercer las acciones y derechos que del mismo emanan. Finalmente, es imprescindible analizar las herramientas que a este último han sido incorporadas, con el objetivo que los beneficiarios tengan un acceso directo y efectivo a las prestaciones que son consecuencias de las modificaciones introducidas al sistema, a partir de la dictación de la ley Nº 20.255 de 2008 y mediante dichas herramientas, ejercer el derecho de opinión y participación.

Palabras Clave: Seguridad social - Sistemas de pensiones - Participación ciudadana - Reparto - Capitalización individual.

Abstract: Bearing in mind the central theme of this edition of the Journal Actualidad Jurídica, it is appropriate to incorporate a subject that has an intimate relationship with the social rights of people and, especially, the institutionalization of benefits that allow them to satisfy all the needs that are generated in the different areas of life and citizenship. To fulfill this objective, and not without first remembering the basic sustenance of this matter, a general view of the old pension system is given, for the reasons indicated, and

[*] Abogada Universidad de Chile, Magíster en Derecho Seguridad Social y en Derecho Laboral de la Universidad de Chile. Correo electrónico: memontt@derecho.uchile.cl

the new pension system, the essential aspects that must be known in order to be able to exercise the actions and rights that emanate from it. Finally, it is essential to analyze the tools that have been incorporated to the latter, with the objective that the beneficiaries have direct and effective access to the benefits that are consequences of the modifications introduced to the system, starting from the enactment of Law 20,255 of 2008 and through these tools, exercise the right to opinion and participation.

Key Words: Social Security - Pension Systems - Citizen Participation - Distribution - Individual Capitalization.

## De la seguridad social

Estamos frente a una materia de amplio espectro, la que, al tenor de lo que establece el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, corresponde aplicar y, consecuentemente, constituir un verdadero sistema de protección, cuando se tiene presente que

> "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad".

Por su parte, nuestra Constitución Política de la República reconoce y establece el derecho a la Seguridad Social de los ciudadanos, incorporando, en el artículo 19, un numeral pertinente que señala

> "18º El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de las prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social".

Siguiendo la línea de las normas internacionales y lo decretado por la carta fundamental, la normativa especial en la materia sigue la misma doctrina, como se pasará a analizar; pero, antes de ello, es conveniente recordar los principios que informan esta área del derecho, lo que nos permite comprender y analizar el contenido de las disposiciones y las exigencias y sanciones que proceden en el evento que no se de cumplimiento a las mismas.

## Conceptos y principios de la seguridad social

Muchos autores han dado diferentes conceptos de la seguridad social y tomaría tiempo reproducirlos y analizarlos. Como lo que se pretende es internalizar los principios que informan esta rama del Derecho, resulta más apropiado señalar que la disciplina puede enfrentarse desde dos grandes aspectos, esto es, como una política social o como una ciencia jurídica.

En el primer ámbito se la comprende como elemento de la política socioeconómica de un país, pretendiendo proteger a sus miembros, garantizándoles condiciones de vida de un nivel suficiente, en especial en los aspectos laborales y de salud, pudiendo llegar a obtener una mayor productividad y, como consecuencia, mayor progreso y bienestar social.

Como ciencia jurídica, está considerada como el conjunto de principios que reconocen y garantizan al ser humano el derecho al acceso de los medios y bienes necesarios para enfrentar las contingencias y sanar los efectos que esas generen, haciendo uso de las herramientas a través de las instituciones establecidas para ello.

Para el cumplimiento de los fines referidos, los principios fundamentales, más importantes y reconocidos internacionalmente son los de: Universalidad, Solidaridad, Integridad o Suficiencia, Unidad, Uniformidad e Internacionalidad.

La Universalidad es de una importancia esencial, considerada y aplicada en dos aspectos fundamentales: subjetiva y objetivamente. En el primer enfoque, se busca proteger a todos los individuos sin distinción alguna, en el segundo, el objetivo es otorgar una protección total, considerando todas las contingencias que pueden afectar a los habitantes o residentes del lugar.

La Solidaridad busca satisfacer las necesidades y proteger a todos los sujetos que sean afectados por las contingencias que deben ser protegidas por el sistema. Constituye una obligación de toda la comunidad que se cumple aportando en relación con sus ingresos, sin perjuicio de los aportes estatales que pretenden cumplir el mismo fin.

La Integridad, denominada también Suficiencia, tiene relación con que los beneficios y servicios que se otorguen no solo deben referirse al aspecto preventivo sino que tienen deben ir más allá, a la curación y recuperación de los efectos de los riesgos, todo ello con la suficiencia necesaria, resolviendo los efectos generados en su totalidad.

La Unidad tiene relación con la estructura orgánica del sistema, entendiéndose por tal la visión de conjunto que debe tenerse de las instituciones, objetivos, medios y acciones que abarquen el conjunto de los efectos que se producen en la población protegida con la ocurrencia de contingencias que generan efectos perniciosos en los sujetos, en los miembros de sus familias o en la comunidad en general.

La Uniformidad busca otorgar la misma prestación frente a igual contingencia que afecte a los sujetos protegidos, sin distinción alguna. Es el riesgo social el que se relaciona con la prestación debida, sin que pueda hacerse distinción en relación con las características del afectado, del sistema que lo proteja ni del aporte que haga para el financiamiento del mismo.

Finalmente, en relación con los principios que informan esta materia, es necesario señalar el de la Internacionalidad, que, si bien fue importante en los inicios de la disciplina, siendo olvidado en estos tiempos, debe considerarse, atendida la rapidez de las comunicaciones actuales y la movilidad permanente de sujetos, no solo por razones laborales sino que en materia de estudios de pre y posgrado a los que debe agregarse los de capacitación o especialización. Este principio busca una integración general y efectiva en materia de prevención, protección, recuperación, rehabilitación y todo cuanto sea necesario para restablecer al individuo a la situación anterior al de la ocurrencia de la contingencia que lo afectó, cualquiera sea el lugar donde se encuentre.

## El sistema previsional de reparto

Este sistema era obligatorio para los trabajadores dependientes, pero estaba seccionado según la naturaleza jurídica de la prestación de servicios, esto es, obrero o empleado, y por la regulación y administración de cada sector, a cargo de las llamadas Cajas de Previsión. En efecto, la norma laboral distinguía a los trabajadores en la nomenclatura indicada y los sectores, a medida que fueron logran mayores beneficios y la regulación diferenciada de sus derechos, llevó a que se fueran creando nuevas Cajas de Previsión o Secciones dentro de ellas, generándose diversos regímenes previsionales.

Las distinciones indicadas dejan de tener vigencia con las modificaciones introducidas al Derecho Laboral, cuando se empieza a hablar de trabajadores dejando obsoletas las nomenclaturas de empleados y obreros, ya señaladas.

Cada una de las respectivas Cajas de Previsión, reguladas por su normativa especial, establece los requisitos para la obtención de los beneficios, de diversa índole y las bases de cálculo para su determinación, como, asimismo, los beneficiarios. El sistema se basa en el principio de la Solidaridad, es obligatorio para los trabajadores dependientes hasta antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema y el cálculo de los beneficios tiene directa relación con las remuneraciones del imponente, por los periodos que se señalan y generándose el beneficio al cumplir los años de prestación de servicios que cada régimen en particular establece.

Los afiliados pudieron ingresar a dicho sistema hasta la fecha del establecimiento del Nuevo Sistema Previsional, incorporado mediante la modificación introducida el 1 de mayo de 1981, con la dictación de los decretos

leyes Nº 3.500, Nº 3.501 y Nº 3.502. No obstante, una modificación posterior permitió que los sujetos que se incorporaban a la vida laboral, habiendo entrado en vigencia el nuevo sistema, podían optar entre ambos sistemas previsionales hasta el 31 de diciembre de 1982, fecha tope para el ejercicio de dicha opción.

En cuanto a los nuevos cuerpos legales, debe señalarse que el D.L. Nº 3.500 incorporó el nuevo sistema de capitalización individual; el Nº 3.501 estableció el nuevo régimen de cotizaciones previsionales, necesario para la etapa de transición, que se suponía que sería de corto plazo; y el Nº 3.502, creó el Instituto de Normalización Previsional, INP, órgano que, paulatinamente, fue asumiendo la administración de las Cajas de Previsión que, al quedar sin afiliados, o con un número insuficiente para mantener su función, debió ser administrada por dicho Instituto, el que, luego de modificaciones posteriores, llegó a ser el actual Instituto de Previsión Social, IPS.

## El nuevo sistema de capitalización individual

Este nuevo sistema, establecido por el D.L. Nº 3.500, publicado en el *Diario Oficial* el 13 de noviembre de 1980, entró en vigencia el primer día del mes de mayo del 1981 y, atendido que se basa en la capitalización individual de sus afiliados, los organismos que administran el sistema son entidades privadas que se denominan Administradoras de Fondos de Pensiones, AFP. Como consecuencia de ello, los afiliados son los que deciden la administradora en la cual enteran sus cotizaciones y, además, pueden ejercer el derecho a cambiarse a una diferente, teniendo en consideración las condiciones y preferencias que obtengan con el cambio.

La evolución del sistema y las necesidades que se van planteando lleva a que, en el año 2001, teniendo en consideración la baja tasa de reemplazo del sistema de capitación individual, se modifique la normativa vigente, incorporando las figuras del Ahorro Previsional Voluntario y también los llamados Multifondos de inversiones.

Posteriormente, el 17 de marzo de 2008, la ley Nº 20.255 introduce una nueva reforma previsional, que incorpora el denominado Pilar Solidario, con el objetivo de corregir efectos negativos del sistema y otorgar mayor protección social. Así se incorpora un tercer pilar, que complementa los existentes, esto es, el Pilar Contributivo y el Pilar Voluntario y al que se le denomina Pilar Solidario, ya señalado y del cual se hace cargo el Estado.

Este tercer pilar tiene por objetivo fundamental subsanar el estado de necesidad que se genera en aquellos que no contribuyeron durante su vida laboral o, habiéndolo hecho, su contribución no fue suficiente para enfrentar la vejez u otro estado de necesidad, en forma digna, como todo ser humano lo merece.

Así estructurado el sistema, puede indicarse que el Pilar Contributivo se configura con las cotizaciones de los afiliados al sistema y que depende del monto de sus remuneraciones, con los topes legales y los porcentajes obligatorios a cotizar. El Voluntario se configura en el caso que la voluntad de los interesados los lleve a analizar los capitales que se requieren para tener una tasa de reemplazo cercana a su ingreso mensual, y el Solidario es el que necesariamente el estado debía incorporar para dar cumplimiento a los principios fundamentales ya referidos y a las normas internacionales e imperativos constitucionales vigentes, en especial frente a situaciones de vejez o de invalidez de la población.

En cuanto a los tipos de pensiones, el Sistema de Capitalización Individual regula las de vejez, invalidez y sobrevivencia, debiendo el afiliado, en cada una de ellas, cumplir los requisitos que la normativa vigente establece y su monto dependerá de los fondos con que cuente y en los casos de invalidez y sobrevivencia, con los aportes de los seguros correspondientes. Cabe señalar que se contempla la figura especial de la Pensión de Vejez Anticipada y que es aquella que, aun cuando no se cumpla el requisito de la edad establecida para dicho efecto, mujeres sesenta años y hombres sesenta y cinco, puede obtenerse si se cuenta con el financiamiento que el sistema, a través de sus cálculos actuariales, tiene preestablecidos.

Ya se ha hecho referencia a los tipos de pensiones, pero al momento de cumplirse los presupuestos de obtener una de ellas, debe determinarse la modalidad de pensión que cumple las aspiraciones del beneficiario de la misma. Habiendo entrado en vigencia este nuevo sistema, la ley consideraba solo dos modalidades,. La primera es el Retiro Programado, que consiste en un cálculo anual del monto a percibir, determinado en unidades de fomento y pagado en doce mensualidades, dependiendo dicho cálculo de los resultados de las inversiones. En este, al capital del afiliado se mantiene en la AFP. La segunda modalidad es la Renta Vitalicia, se obtiene por el beneficiario mediante la compra de la misma a una Compañía de Seguros y cuyo precio es el fondo que tiene acumulado. En este caso, el monto acumulado pasa a la Compañía de Seguros y la renta la percibe de por vida.

Posteriormente se introdujo una variación con las mismas modalidades. En efecto, se mantienen las dos indicadas con sus características, pero pueden obtenerse conjuntamente, generándose las siguientes figuras:

1.- Renta Vitalicia Inmediata, que es la ya señalada;
2.- Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida, que consiste en recibir la pensión de la AFP por un periodo determinado y, a continuación, la Renta Vitalicia. Si antes de la llegada del plazo en que debe iniciarse el pago de la Renta Vitalicia Diferida, no quedaren fondos suficientes para pagar la Renta Temporal, la Vitalicia se anticipa;
3.- Retiro Programado, que también ya ha sido analizado;
4.- Renta Vitalicia Inmediata con Retiro Programado.

En esta última figura, el afiliado decide dividir su fondo de pensiones: una parte la invierte adquiriendo una Renta Vitalicia y la otra la deja en su fondo de Pensiones para percibir el Retiro Programado. En caso que se termine el fondo de pensiones, mantendrá la Renta Vitalicia.

En cuanto a las pensiones de invalidez, estas se clasifican en Invalidez Total, que requiere una declaración de al menos dos tercios de la capacidad de trabajo, y Parcial, en la que la invalidez debe ser de al menos el cincuenta por ciento de la capacidad de trabajo. Las modalidades son las indicadas, pero existen requisitos complementarios y que son: no estar pensionado por el sistema del D.L. Nº 3.500, tener menos de la edad para pensionarse por vejez y haber sido calificado como inválido, en cualquiera de las categorías, por una comisión médica de la Superintendencia de Pensiones. En lo referente al financiamiento de la pensión que corresponda, si el declarado con alguna de las invalideces indicadas está cubierto por el Seguro de Invalidez y Sobrevivencia, tiene derecho al aporte adicional, de lo contrario, solo se calcula la pensión con el saldo de su cuenta de capitalización individual.

La pensión de sobrevivencia se genera a la muerte del afiliado y son beneficiarios de ella los cónyuges, hijos o padres. En caso de no haber beneficiarios, el saldo de la cuenta individual ingresa a la masa hereditaria del causante. La herencia está configurada por el fondo de pensiones del causante. En caso que este fallezca antes de haberse pensionado, nuevamente hay que distinguir si está o no protegido por el Seguro de Invalidez y Sobrevivencia. Si lo está, el seguro debe enterar el aporte necesario para el cálculo; de lo contrario, solo se tendrá como base de cálculo el monto del fondo de pensiones del causante. Los beneficiarios deberán determinar la modalidad de pensiones por la que optarán.

Los beneficios especiales que tiene este sistema están conformados por la herencia que se genera con el fondo de pensiones, en caso de no existir beneficiarios de alguna de los tipos de pensiones señalados; la cuota mortuoria en caso de fallecimiento y el llamado excedente de libre disposición, que consiste en el monto que, al momento de efectuarse el cálculo de la pensión mensual, a percibir por el beneficiario, cantidad que puede recibirse como de libre disposición, dado que ella no influye en el resultado de dicho cálculo. A modo de ejemplo, para obtener una pensión de ochocientos mil pesos se requiere un fondo de ciento veinte millones de pesos y, si al momento del cálculo, se tiene ciento veintiocho millones, los ocho millones restantes que no alteran el cálculo indicado, pueden ser retirados por el trabajador en calidad de excedente de libre disposición.

## Las pensiones del Pilar Solidario

El Pilar Solidario, incorporado por la ley Nº 20.255, ya referida precedentemente, establece los siguientes nuevos tipos de pensiones:

Pensión básica solidaria de vejez, que beneficia a todas las personas sin derecho a percibir dicho beneficio. Es de cargo fiscal y para su obtención deben cumplirse los requisitos que establece la ley.

Pensión básica solidaria de invalidez, que se otorga al sujeto declarado inválido y que no tenga derecho a este tipo de pensión, cumpliendo con los requisitos legales al efecto. En este caso, la declaración de invalidez deben hacerla las Comisiones Médicas de Invalidez de la Superintendencia de Pensiones, debiendo presentarse la solicitud al Instituto de Previsión Social, entidad que requiere la declaración a la indicada Comisión Médica.

El aporte previsional solidario de vejez, que se otorga a quienes han contribuido al sistema de capitalización individual obligatorio, o a cualquiera de los regímenes administrados por el Instituto de Previsión Social, IPS. Sin que hayan podido alcanzar una pensión básica solidaria y cumpliendo los demás requisitos legales.

El aporte previsional solidario de invalidez, que corresponde a personas invalidez, afiliadas ya sea al antiguo o nuevo régimen previsional y que cumplan los mismos requisitos exigidos para el otorgamiento de la pensión solidaria de vejez. La calificación de invalidez la realizan las Comisiones Médicas Regionales de Invalidez de la Superintendencia de Pensiones.

Otros beneficios incorporados a este sistema son el bono por hijo nacido vivo o adoptado y el subsidio previsional de los trabajadores jóvenes, que han venido a beneficiar a un grupo importante de la sociedad, los que ameritan una lata relación, pero que exceden el objetivo de estos comentarios.

## De las nuevas entidades participativas del sistema

Complementando las entidades existentes en el país, la ley Nº 20.255 incorporó tres nuevas que tienen directa relación con la materia en comento. Ellas son el Consejo Técnico de Inversiones CTI, cuya función es emitir informes, hacer propuestas y emitir pronunciamientos sobre las inversiones de los Fondos de Pensiones y de Cesantía, en aras de sus resultados; el Consejo Consultivo, CCP, cuya función principal es asesorar a los Ministerios del Trabajo y Previsión Social y de Hacienda, en lo referente al Sistema de Pensiones Solidarias, para los efectos de hacer propuestas sobre modificaciones legales, analizar otras ya planteadas y, en general, asesorar y analizar todo cuanto se va generando en el cumplimiento de los fines que la ley persigue con la incorporación del Pilar Solidario; y, finalmente, la Comisión de Usuarios del

Sistema de Pensiones CU, que constituye una instancia de participación de todos los sectores intervinientes en los sistemas de pensiones, para lo cual la ley determina, como integrantes de la misma, a representantes del Instituto de Previsión Social IPS y de la Asociación de Administradoras de Fondos de Pensiones, AAFP, a la Central Unitaria de Trabajadores CUT y a la Central Unitaria de Pensionados y Montepiadas de Chile, CUPEMCHI, siendo presidida por un académico de las universidades estatales que tenga especialización y experiencias en las materias que aborda la entidad.

De todos los estamentos señalados, incluyendo el académico, se designan dos representantes, uno en calidad de titular y el otro como suplente, cuya duración, en los respectivos cargos es de tres años, pudiendo ser designados solamente por un nuevo periodo de igual extensión.

De las entidades señaladas, se hará especial referencia a la Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones, por su función cercana a las entidades y sujetos que son participantes activos en las entidades previsionales y porque tienen la responsabilidad de responder a los requerimientos de sus representados y buscar las soluciones a los problemas e inquietudes que les son planteados.

## De la Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones

Una de las principales funciones de la Comisión es informar a la Subsecretaría de Previsión Social, y a otros organismos públicos del sector, lo relacionado con las evaluaciones que sus representados efectúen sobre el funcionamiento del sistema de pensiones y proponer las estrategias de educación y difusión del sistema.

Para cumplir con dicho imperativo, debe tener reuniones con organismos intermedios para conocer sus inquietudes y recoger las peticiones y necesidades, con el objetivo de buscar las soluciones correspondientes. Para ello debe reunirse en sesiones ordinarias de una vez al mes y en sesiones extraordinarias, lo que lleva a que las reuniones se celebren en forma quincenal. Ello le ha permitido llevar adelante lo que se ha propuesto, emitiendo los informes que la ley le impone y abordando los temas que se van generando y aquellos que de forma habitual deben satisfacerse en las materias propias del área previsional.

Junto con lo anterior, la Comisión de Usuarios participa en las actividades, programas y medidas de promoción, educación y difusión del sistema de pensiones, especialmente, en el proceso anual de licitación de cursos organizados, estructurados y planteados por el Fondo de Educación Previsional, FEP, que al año lleva a la comunidad nacional, desde Arica a Punta Arenas, de forma tal que todos los habitantes del país, hasta de los lugares más apartados, tengan la posibilidad de tener acceso a los cursos de educa-

ción en una materia de tanta importancia, como la relacionada con materias previsionales y de otros derechos sociales.

Este Fondo de Educación Previsional, creado por la ley Nº 20.255, depende de la Subsecretaría de Previsión Social, y debe, además de ejecutar su quehacer permanente, llamar una vez al año a licitación de los cursos y actividades de capacitación a realizarse a lo largo del país en todas las materias que son de su cartera, permitiendo, así, que toda la población, sin distinción alguna, conozca sus derechos y pueda exigir las prestaciones que le corresponden, como también las obligaciones que tiene en las materias de previsión social en relación con los sujetos con quienes comparte en el ámbito laboral en el que se desempeña, como con los miembros de sus familias.

También dando cumplimiento a un imperativo legal, la Comisión de Usuarios, a partir del año 2010, ha emitido seis informes anuales que dan cuenta del cumplimiento de las obligaciones que le asisten. Así, el Informe del año 2010 analizó la implementación del Pilar Solidario y en él se destacaron los nuevos beneficios y obligaciones para los afiliados, tales como el subsidio de los trabajadores jóvenes, el bono por hijo de las afiliadas y los efectos de las actividades educativas del Fondo de Educación Previsional, que recientemente había dado cumplimiento, por primera vez, a sus actividades educativas.

El del año 2011 abordó la situación de las trabajadoras de casa particular, con la entrada en vigencia de la nueva normativa en la materia, agregándose a ello, lo relacionado con los trabajadores temporeros en cuanto a su futuro previsional, incluyendo la regulación de la función de los asesores previsionales, agregándose la deuda previsional pendiente, debiendo adoptarse medidas urgentes para fortalecer la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones previsionales del sector empleador y la cobranza previsional, agilizando así la recuperación de las cotizaciones impagas.

El año 2012, el referido informe reflejó lo actuado en relación con los trabajadores independientes, en especial, con respecto a la toma de conciencia de la obligación de enterar sus cotizaciones previsionales, precaviendo que, en un futuro no muy lejano, puedan acceder a los medios para subsistir en la etapa de la vejez.

Ya en el informe del año 2013 se retomaron temas abordados en años anteriores, con el objetivo de evaluar los resultados de las indicaciones, se hace una evaluación del sistema previsional, del aumento de las tasas de cotización obligatoria y de un eventual aumento de edad para pensionarse por vejez, atendiendo a los nuevos parámetros de la expectativa de vida de los sujetos, no solo en nuestro país, sino que en el ámbito universal.

En el informe del año 2014 se hacieron planteamientos sobre el ahorro individual para fortalecer sus fondos de pensiones; del establecimiento de una cotización obligatoria de cargo del empleador; la disminución de las comisiones de las AFP; la ampliación de los beneficios del Sistema Solidario

de Pensiones y la necesidad de incrementar la difusión del sistema de educación previsional.

El año 2015, el informe estuvo destinado a la evaluación del sistema de pensiones, especialmente en lo relacionado con las atribuciones de los organismos que intervienen en su funcionamiento, desarrollo y análisis de resultados, buscando las vías y la determinación del quehacer para colaborar en el avance positivo que se requiere para la satisfacción de los usuarios.

El informe del año 2016 estuvo destinado a reflexiones y planteamientos sobre el Sistema de Pensiones, el Pilar Solidario, el régimen de ahorro y capitalización, el Fondo de Educación Previsional y un análisis y revisión de la Comisión de Usuarios de los Sistemas Previsionales.

Durante el presente año, la Comisión, junto con las actividades que le son propias en relación con el cumplimiento de sus objetivos, de actividades referidas a la comunidad, de participar en los seminarios y actividades a las que es convocada y muchos otros, está abocada a analizar aspectos del sistema de Seguridad Social que, sin perjuicio de los esfuerzos realizados, no logra satisfacer a los beneficiarios como se espera, en una sociedad que ha avanzado en tantos otros aspectos de la vida en sociedad. Por ello, se ha acordado realizar los estudios tendientes a buscar y analizar los sistemas imperantes en países que han logrado obtener buenos resultados, con recursos semejantes a los de nuestro país, a lo que se ha dado inicio, esperando tener los resultados en los inicios del próximo año, los que se entregarán a las autoridades correspondientes y se darán a conocer a la comunidad entera.

Los estudios y análisis de la problemática que afecta a la sociedad entera, en los diversos ámbitos en que se desarrolla la actividad de los ciudadanos, constituyen las herramientas esenciales que permiten que los propios interesados, a través de estos grupos intermedios coadyuvantes, encuentren las soluciones para prevenir y solucionar la ocurrencia de eventos no deseados, y cuyos resultados producirán satisfacciones que estimulen a toda la comunidad.

# BREVE ANÁLISIS DE LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES. PROBLEMAS A SU FORMULACIÓN

# BRIEF ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL TRADITION IN THE CONTEXT OF THE RECOGNITION OF SOCIAL RIGHTS. PROBLEMS TO YOUR FORMULATION

*Juan Andrés González Tugas*[*]

Resumen: El presente texto sistematiza y resume distintas tradiciones constitucionales con el objetivo de confrontar sus postulados con el reconocimiento de nuevos derechos, en especial, de los derechos sociales. El análisis se inicia con el surgimiento de las tres tradiciones clásicas del constitucionalismo: la inglesa, la americana y la francesa. Luego se exponen los hechos más sustanciales de la tradición alemana de posguerra. El texto concluye con la irrupción de los derechos sociales como nueva tradición del Derecho Constitucional.

Palabras clave: Tradición Constitucional - Derechos Sociales - Derecho Constitucional

Abstract: This text systematizes and summarizes different constitutional traditions in order to confront their postulates with the recognition of new rights, especially social rights. The analysis begins with the emergence of the three classical traditions of constitutionalism; the English, the American and the French. Then the most substantial facts of the post-war German tradition are exposed. The text concludes with the emergence of social rights as a new tradition of Constitutional Law.

Keywords: Constitutional Tradition - Social Rights - Constitutional Law.

[*] Doctor en Derecho Universidad de los Andes, Magister en Derecho Público Pontificia Universidad Católica.

## I. La tradición constitucional

Durante la antigüedad no existió un texto normativo que contemplase los preceptos esenciales de la sociedad, tal como en la actualidad.

En efecto, aun cuando en un sentido absoluto la filosofía clásica hubiese descrito y analizado la estructura, disposición y formas de organización de los distintos regímenes políticos[1], únicamente es reconocible un derecho superior a cualquier legislación implícito en la naturaleza de las cosas.

De esta forma, no se plantean temas normativos ni abstractos como podrían ser la soberanía, la voluntad general o el Estado, sino, más bien, cuestiones concretas como el conflicto (*stásis*), el orden (*eunomía*) y el consenso (*isonomía*). Esas eran las premisas de la *polis:* alcanzar *la politike koinonia*[2].

Por ello, si bien algunos textos clásicos hacen referencia a la constitución, la ley o al Estado, no lo hacen en los términos y el sentido que aquí nos preocupa.

### *1) La tradición constitucional inglesa*

"La fase medieval de la historia inglesa es como la prehistoria constitucional del mundo"[3].

En efecto, la tradición inglesa sentó las bases de la doctrina constitucional. En esa línea se reconoce el régimen de representación, el *Common Law* y el vínculo de las personas con el Derecho, hechos sobre los que se funda el *Rule of Law* o Imperio del Derecho.

De igual forma, la existencia de un parlamento con facultades deliberativas y judiciales, y los primeros textos constitucionales, como la renombrada Carta Magna de 1215, van conformando la tradición constitucional inglesa[4].

---

[1] Sobre el concepto absoluto de constitución como "la concreta situación de conjunto de la unidad política" de un pueblo Schmitt (2006).

[2] La *politike koinonia* representa una diversidad de formas de organización unificadas en torno a un *ethos*. En este sentido, la racionalización del poder aparece como uno de los aportes de la Grecia Clásica en nuestra tradición. De igual manera, la primacía del ágora y el valor de la palabra, las elecciones por sorteo a cargos públicos y altas magistraturas, la alternancia en el poder y el gobierno responsable, todas las cuales van delineando un hombre no individualista, vinculado al mundo de las cosas y las personas por lazos reales y no superficiales o instrumentales. Esa fueron las claves de la *politeía* que luego son traspasados a la *civitas* romana.

[3] Pereira Menaut (1992).

[4] La Carta se dirige a la jerarquía eclesiástica, a la nobleza y a las autoridades oficiales del reino. Ella establece "en forma pactada una serie de heterogéneas reglas casuísticas" como las prescritas para la construcción de puentes, o las dispuestas para establecer derechos e inmunidades de los clérigos y la Iglesia, o aquellas que regulaban las obligaciones de familia o los impuestos. Asimismo, reconoce principios fundamentales de la libertad de las personas como el famosísimo artículo xxxix (recogido primero por la Constitución de Estados Unidos y luego por todas). *Ibid.*, p. 49.

Con el advenimiento de las dinastías Tudor y Estuardo se produce una serie de hechos que degradan la confianza entre el Monarca y el Parlamento. De aquí surgirá la necesidad del ciudadano de recurrir a las Reglas del Derecho Natural a fin de establecer límites y controles al poder.

A propósito de las medidas restrictivas adoptadas por Jacobo I y Carlos I en materia de cultos e impuestos surge el concepto de "monarquía limitada". Luego, la tarea legislativa no será vista como una función privativa del Monarca sino como una que le cabe realizar al pueblo representado por los estamentos[5].

Las pretensiones absolutistas sobreviven a la ejecución de Carlos I y a la Constitución republicana de Oliver Cronwell de 1653. Sin embargo, aun cuando esta última fuese derogada en 1660, la tradición inglesa comienza a distinguir entre un *poder constituyente* y un *poder legislativo constituido*[6]. De igual modo, distingue la *ley ordinaria* de la *ley constitucional*.

Gracias al reconocimiento de la *monarquía limitada* se acuña el principio de separación de poderes[7]. De esta forma, el *Instrument of Goberment* descarta la aplicación de una soberanía absoluta y la sustituye por una conjunta, que propicia una relación representativa entre el ciudadano y el poder público.

Serán las nociones de 'monarquía limitada' y 'soberanía conjunta' las que permitirán en Inglaterra un orden constitucional equilibrado, fundado en el balance de poderes. Gracias a estos principios surge la Constitución mixta que radica el Poder Ejecutivo en el Monarca y el Poder Legislativo en el pueblo representado por el Parlamento[8].

Sin embargo, el principio de *soberanía conjunta* fue ampliamente debatido por los juristas ingleses. Mientras que, para algunos, el poder del Rey era originario y el del Parlamento delegado, para otros significaba lo puesto, vale decir, que el poder del pueblo representado en el Parlamento era originario y el poder del Rey delegado.

En 1685 Jacobo II adopta una serie de medidas autoritarias que incrementan las potestades reales frente al Parlamento. Al dictaminarse la ilegalidad de estas medidas en función del C*ommon Law* y derogarse la Constitución por el Rey, se origina la *Glorious Revolution* de 1688.

En 1689 se dicta el *Bill of Right*. Su texto establece una serie de prohibiciones a la Corona en materia de recaudación de dineros bajo la *pre-*

[5] En ese contexto se dictan la *Petition of Rights* de 1627, el *Habeas Corpus* de 1640, la *Star Chamber Abolition Act*, la *Grand Remonstrance* de 1641, y las *Nineteen Propositions* de 1642. Fioravanti (2007).

[6] "Corresponde al poder constituyente del pueblo la instauración de la forma institucional del poder legislativo al que dicho pueblo confía la regulación de su vida política para el bien público". En referencia a Locke, Rawls (2009), p. 181.

[7] Pereira Menaut (1992), p. 58.

[8] Martínez Estay (1998), p. 113.

*rrogativa regis*[9], de reclutamiento militar, de aplicación de fianzas, multas excesivas y castigos crueles e inusuales. Además, reconoce el derecho de petición al Rey, el derecho de poseer armas para la defensa personal, la libertad de expresión y debate en el Parlamento, y la libertad de elección de sus miembros[10].

En materia de derechos, la declaración reconoce que:

> "...los dichos lores espirituales y temporales y comunes en Parlamento (...) ruegan sea declarado y legislado que todos y cada uno de los derechos y libertades afirmados y reclamados en dicha declaración son los verdaderos antiguos e indudables derechos y libertades de las gentes de este Reino...".

Con todo, la *soberanía del parlamento* no es absoluta y considera límites. Así, se reconoce el derecho de las personas a desobedecer o resistirse a la ley, prerrogativa que se sustenta en la presunción de libertad y en "los sentimientos morales del tiempo y la sociedad"[11].

Por su parte, los principios de *independencia* e *inamovilidad* judicial[12], concebidas como límites al poder, aseguran la aplicabilidad directa de la Constitución[13]. En ese orden, el potestad de los jueces es limitada por los derechos de propiedad, de libertad personal y la cláusula del debido proceso a que alude la Carta Magna.

Guiada por el *Rule of Law y* el principio de *soberanía conjunta*, la tradición inglesa reconoce en la Constitución nuevos mecanismos que permiten controlar y garantizar la responsabilidad política del Parlamento. Así, el *impeachment*, los actos de justicia legislativa o el *bill of attainder*.

Lo anterior, asociado al reconocimiento de un gobierno con oposición política[14], configuran un modelo eficaz de frenos. Así, la *Reform Bill* de 1832, la *Representation of the People Act* de 1867 y de 1884, y la ley de voto univer-

---

[9] Pereira Menaut (1992), p. 180, en alusión a la doctrina de Benjamin Constant: "El poder real (...) es un poder neutro (...)".

[10] Este consentimiento se manifiesta en cuatro derechos: 1) Regular la sucesión al trono sin considerar los títulos hereditarios; 2º) Limitar la designación de los miembros de su Consejo privado; 3º) Elegir la Cámara de los Comunes y 4º) Limitar la influencia del Rey en las decisiones de los jueces so pena de ser destituidos de sus cargos.

[11] El derecho a desobedecer, el derecho a resistencia a las leyes y la insumisión está asentado en el C*ommon Law* inglés en el siguiente principio: la libertad se presume mientras que las restricciones a la misma han de formularse expresamente. Pereira Menaut (1987), p. 450.

[12] Previstas en el *Act of Settlement de 1700* o *Act for the further Limitation of the Crown and better securing the Rights and Liberties of the Subject*.

[13] El carácter normativo y directo de la Constitución reúne tres condicionantes: 1º) "Implica una imposición al Estado en orden a no entorpecer el ejercicio de los derechos"; 2º) "Supone la posibilidad de alegar los derechos ante los tribunales"; 3º) "Que la sola proclamación resulta suficiente para la satisfacción de esos derechos". Martínez Estay (1998), p. 126.

[14] Pereira Menaut (1992), pp. 63-64.

sal de 1918, democratizan el régimen político y posibilitan el control de la función gubernamental y parlamentaria por parte de los electores.

Con la fundación del *Labour Party*, a fines del siglo XIX, y la publicación del *Informe Beveridge*, en el primer tercio del siglo XX, se prescriben un conjunto de leyes sociales que darán origen al Estado Bienestar[15].

*2) La tradición constitucional estadounidense*

La tradición constitucional de Estados Unidos se gesta en la Inglaterra de Isabel I de Tudor. Durante las últimas décadas del siglo XVI y las primeras del XVII surge en Inglaterra un "movimiento religioso, político y revolucionario"[16] que se opone a la Iglesia y a la Corona[17].

En esa época, gran parte del litoral de la costa Este de Norteamérica pertenecía a la Corona. Cada colonia poseía un sistema político distinto que variaba según el territorio. En unos casos

> "el rey sometía a una parte del Nuevo Mundo a un gobierno de su elección, encargado de administrar el país en su nombre y bajo sus órdenes inmediatas",

en otros "concedía a un hombre, o una compañía, la propiedad de ciertas porciones del país" o confería a

> "un cierto número de inmigrantes el derecho de formarse en sociedad política, bajo el patronato de la madre patria, y de gobernarse a sí mismos en todo lo que no era contrario a sus leyes"[18].

Para entender el complejo mapa migratorio hay que diferenciar lo que ocurre a ambas orillas del río Hudson. Mientras que, desde 1607, los territorios al sur del Hudson son poblados por un grupo heterogéneo de inmigran-

[15] El 30 de noviembre de 1942 aparece a la venta en las librerías inglesas un informe titulado "Seguridad Social y servicios conexos", trabajo que, en 1941, fuera encargado por el gobierno laborista de Artur Greenwood a William Beveridge. Aun cuando el encargo se limitaba a un número acotado de problemas sociales, el informe propuso la creación de un ambicioso sistema de salud y subsidios para el desempleo en el ámbito nacional, concluyendo que la cuestión social tenía cinco dimensiones que debían ser abordadas por la autoridad: la necesidad física, la enfermedad que provoca el estado de necesidad, "la ignorancia que ninguna democracia se puede permitir", la miseria, y la ociosidad que destruye la riqueza y corrompe a las personas. PUELLES BENÍTEZ (2012), pp. 132-133.

[16] CRUNDEN (1995), pp. 21-35.

[17] El conflicto se produce entre un sector conservador puritano *antiseparatista* y un ala radical *separatista* o *independiente* que reclama independencia con miras a la fundación de nuevas congregaciones. Luego, y a consecuencia de las duras medidas implementadas por Jacobo I en materia de cultos, se inicia el primer proceso de migración desde Inglaterra a las colonias del norte de América.

[18] TOCQUEVILLE (1835), p. 59.

tes que, con el correr del tiempo, se transforma en una poderosa aristocracia cuya economía industrial y terrateniente es de origen esclavista, desde 1620 los territorios ubicados al norte del río, conocidos como Nueva Inglaterra, son colonizados por *pilgrims*.

Esta corriente migratoria de origen protestante funda la comunidad política en el "contrato social, la igualdad, la cooperación, el Derecho natural" y la alianza entre Dios y el hombre (*convenant*)[19]. De manera que los fundamentos de sus creencias no son de origen oficial ni de carácter nacional como sí lo era el anglicanismo del cual huían.

No obstante esta diversidad, todas y cada una de las colonias reconocen "el C*ommon Law* y los principios del *local self-govermment"*[20], fundamentos que garantizan una cierta autonomía[21].

La guerra contra Francia en 1763 deja a Canadá y los territorios ubicados al este del Misisipi en posesión inglesa. Sin embargo, también implica un déficit presupuestario en las arcas del gobierno inglés, déficit que determina por parte del Parlamento un alza impositiva sobre las colonias[22].

Frente a la arbitrariedad de la medida es alegado el principio *no taxation without representation*[23]. La norma es derogada por el Parlamento, pero en 1767 el hecho se repite[24].

En 1774, los representantes de las doce colonias reúnen a sus representantes en Filadelfia y envían al rey Jorge III un memorial de agravios[25]. Dado el escaso interés que en Inglaterra suscita el nuevo petitorio, es convocado, en 1775, un segundo Congreso. Finalmente, el 4 de julio de 1776 es declarada la independencia de Estados Unidos de Norteamérica.

Para los estadounidenses no solo era importante establecer límites contra un individuo específico, como ocurre con el *dualismo originario* del modelo inglés, sino disponer salvaguardias efectivas contra el poder ilimitado de la asamblea[26].

La Declaración de Independencia de 1776 reconoce el derecho de los individuos a limitar las prerrogativas de quien quiera detentar el poder de

[19] Pereira Menaut (2012), p. 20.

[20] *Ibid*.

[21] Tocqueville (1835), pp. 53, 58.

[22] En esa línea son dictadas la *Sugar Act* y la *Stamp Act*, que gravan el azúcar y los papeles comerciales Crunden (1995), pp. 47-48.

[23] Pereira Menaut (2012), p. 21.

[24] Bajo ese contexto es promulgada la C*oercive Acts.*

[25] *Op. cit.*, p. 21.

[26] En esta línea se circunscribe la declaración de los Hijos de la Libertad de Nuevo Londres que proclama el derecho del pueblo de "asumir el ejercicio de la autoridad que le pertenecía por naturaleza antes de haberlo delegado a individuos" toda vez que se excediesen los límites del poder "impuestos por el pueblo en todas las constituciones" C*onnecticut Courant*, 30 de dic. 1765. Dippel (2005), p 28.

manera absoluta. En ese sentido, la declaración proclama en el segundo y último párrafo:

> "Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales, que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quieren que una forma de gobierno se haga destructiva de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla, o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad".
>
> "Por tanto, Nosotros, los Representantes de los Estados Unidos, reunidos en Congreso General (...) publicamos y declaramos lo siguiente: que estas colonias son y por derecho deben ser estados libres e independientes…"[27].

Con el objetivo de alcanzar una mayor integración frente a la guerra de independencia, en 1777 el Congreso promulga los *Articles of Confederation*[28].

No obstante que los resultados de la guerra de independencia fueran en beneficio de las colonias, este primer intento de unión política fracasa debido a la incapacidad del Congreso para imponerse como órgano de gobierno. En efecto, el nuevo gobierno carece de facultades legislativas en materia tributaria y de comercio, circunstancia que ya había dificultado la defensa de los intereses confederados en la guerra de independencia[29].

La carencia de un gobierno federal más vigoroso es resuelta con la Constitución federal de 1787. En concreto, la nueva Constitución dota a los órganos ejecutivo y legislativo de "facultades efectivas, reforzadas por la previsión de supremacía del derecho positivo federal sobre el de los estados miembros"[30].

---

[27] Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_Independencia_de_los_Estados_Unidos [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2013].

[28] Los artículos entran en vigor en 1781, con la ratificación del estado de Maryland.

[29] De acuerdo con las competencias atribuidas por estos artículos, el Congreso únicamente podía "declarar la guerra y reunir un ejército (art. IX), pero no obligar a un estado a aportar su cuota de tropas; podía pedir a los estados que abonaran su parte alícuota de la financiación de la Confederación, pero no tenía capacidad sancionatoria ni ejecutiva contra el incumplidor (art. VIII). La potestad tributaria y arancelaria era de los estados, lo mismo la moneda" Pereira Menaut (2012), p. 22.

[30] En referencia al artículo VI de la Constitución de 1787, Martínez Estay (1998), p. 117.

Sin embargo, estas potestades serían delimitadas en un plano funcional y territorial sobre la base de un sistema de frenos y contrapesos (*check and balances system*)[31].

Para lograr ese fin, el órgano legislativo en el ámbito del gobierno federal es compuesto por dos cámaras: la de Representantes, que representa a la población en forma proporcional, y la del Senado, que representa a los estados federados. Asimismo, el órgano ejecutivo radica en un presidente y, el judicial, en un tribunal supremo con capacidad de control de ambos poderes.

Por último, en el ámbito local, cada estado federado está facultado a ejercer un autogobierno a través de un órgano ejecutivo, un legislativo y un poder judicial, pero siempre limitados por la Constitución federal.

Lo curiosos es que el texto nada decía sobre los derechos y libertades como expresión de los límites al poder. Siguiendo la tradición inglesa, los derechos se entendían implícitos en la Constitución.

Al respecto, se sostenía que la redacción de un catálogo de derechos implicaba que estos

> "no se tenían por nacimiento sino por concesión del legislador. Otros alegan que las libertades ya estaban protegidas por las declaraciones de derechos de cada estado" [32, 33].

Con todo, a poco más de una década de la Declaración y cuatro años de la promulgación de la Constitución, se aprueban las primeras diez enmiendas.

En un nuevo escenario de conflicto, los estados federados del sur proclaman, en 1861, su independencia respecto de los estados de la Unión. Este hito detona la guerra civil de Estados los Unidos.

La guerra por la secesión deja una profunda huella en la Constitución y el modelo federal. En efecto, como consecuencia del conflicto es reconocida la primacía del Derecho Federal respecto del Estadual. En otras palabras, la supremacía de la Constitución no solo se manifiesta con la Constitución

[31] Pereira Menaut (2012), p. 23.

[32] En rigor, a la Declaración de Independencia de 1776 le anteceden las constituciones de New Hampshire, de 5 de enero de 1776 y de Carolina del Sur, de 26 de marzo de ese año. Ambas tenían un claro matiz representativo. En tanto, las constituciones de Virginia, New Hampshire, Carolina del Sur, Nueva Jersey y Pensilvania, de 1776, y las constituciones de Georgia, Vermont y Nueva York, de 1777, incorporan el concepto absoluto de soberanía sin reconocer la independencia judicial. En 1778 es reformada la Constitución de Carolina del Sur con el reconocimiento de un poder judicial y el derecho de enmienda. A partir de estas experiencias nace el principio de *gobierno limitado* (*limited government)* con el cual, siguiendo la doctrina de Locke "Todo poder se radica en el pueblo" y se "deriva del pueblo".

[33] El reconocimiento de los derechos que realizan las constituciones de los estados federados constituye un verdadero laboratorio para el desarrollo de la tradición constitucional estadounidense.

federal sino que, además, con la legislación federal, en los *poderes implícitos*[34] y en las potestades de control del Tribunal Supremo Federal.

A partir de 1865 se dicta una nueva serie de enmiendas a la Constitución de Estados Unidos, entre las que destaca la abolición de la esclavitud[35], la igual protección de la ley y reconocimiento del debido proceso (enmienda XIV). En 1870 se reconoce el derecho a voto (enmienda XV) y, en 1920, el derecho a voto de las mujeres (enmienda XIX).

Producto de la aguda crisis económica que se desata con la debacle financiera de *Wall Street*, en 1929 se inicia un periodo de reformas sociales que incrementan las prerrogativas del poder central. En este contexto de reformas, Franklin D. Roosevelt propone el 11 de enero de 1944 un segundo *Bill of Rights*.

La propuesta reconoce un conjunto de derechos de prestación, como el derecho a una remuneración justa y adecuada, el derecho de alimentos y vestuarios, el derecho a la recreación y el ocio, el derecho de los agricultores a vender sus productos a un precio justo, el derecho de todo hombre de negocio, pequeño o grande, a trabajar en un medio libre de dominaciones injustas y competencias desleales, el derecho de la familia a vivir en una vivienda decente, el derecho a recibir los cuidados médicos y las prestaciones necesarias para disfrutar de una buena salud, el derecho a la protección social para hacer frente a los problemas de naturaleza económica que sobrevienen con la edad, los accidentes, las enfermedades, el desempleo, y, por último, el derecho a recibir una buena educación[36].

Aun cuando hay quienes sostienen que el paquete de reformas propuestas sirvió como argumento para incluir los derechos sociales en un plano material de la Constitución, en términos formales, la iniciativa es desechada[37].

### *3) La tradición constitucional francesa*

Teniendo como antecedente las experiencias de las revoluciones en Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, y los postulados de Bodin y Roussea, la tradición constitucional francesa se inclina por implementar un concepto de soberanía de carácter ilimitado, absoluto y perpetuo.

En los siglos XVI y XVII, el conflicto social, económico y político que deriva de las cruentas guerras religiosas parece tener solo tres alternativas:

[34] Esta doctrina está contenida en las sentencias McCulloch v. Maryland de 1819 y Gibbons v. Ogden en 1824, ambas de la Suprema Corte. MARTÍNEZ ESTAY (1998), pp. 117-118.

[35] Enmienda XIII.

[36] ROOSEVELT (1944), WOLFGANG SARLET (2010).

[37] Sin embargo, hay quienes sostienen que este antecedente sirve para justificar el reconocimiento de los derechos sociales en un plano material de la Constitución, una especie de compromiso constitucional o *constitutional commitment*. SUNSTEIN (2006).

someter la voluntad del pueblo a la potestad del monarca y alcanzar la paz mediante el terror; someter la voluntad del pueblo y la del Monarca a una suerte de compromiso o arbitraje; o someter esa voluntad a un tercero distinto del pueblo y el Monarca[38]. Bajo este último escenario se acuña la teoría de la soberanía absoluta propuesta por Bodin y la tesis de la voluntad general ideada por Rousseau.

El desenlace del conflicto es más o menos conocido; la caída del "Antiguo Régimen"[39] y la autoproclamación de la Asamblea Nacional Constituyente de 1789. Asimismo, el 27 de agosto de ese año se publica la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", hecho que representa el ideario de la tradición constitucional francesa.

Dos años más tarde, en 1791, es aprobada la primera Constitución en cuyo preámbulo se incorpora la Declaración de Derechos:

> "Los representantes del pueblo constituidos en Asamblea nacional (...) han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración..., les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas por principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos".

La Constitución de 1791 reconoce la separación de poderes sobre la base de una monarquía limitada que encarna al Poder Ejecutivo, un órgano legislativo representado por Asamblea Legislativa, y un poder judicial a cargo de tribunales independientes. Corresponde al *pueblo racional* "establecer un equilibrio entre el poder ejecutivo y el poder legislativo"[40].

Las limitaciones a la soberanía implican, para la Constitución de 1791, una desviación de la razón humana. Así, de acuerdo con lo prescrito en su artículo 3

> "el principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella".

De esta forma, los individuos que conforman el Estado no son titulares de derechos sino únicamente sus representantes. En otras palabras, el concepto de 'soberanía' es encarnado por el Estado[41].

[38] Kriele (1989), p. 55.
[39] Tocqueville (2006).
[40] Cita de Montesquieu. Dippel (2005), p. 17.
[41] Cotteret (1962), p. 16.

Aun cuando la monarquía limitada no hiciera suyas las consideraciones absolutistas de Hobbes, según la cual el poder del Monarca se justifica desde un punto de vista tradicional, carismático, o racional[42], el poder del Estado que encarna la *voluntad general* es infinitamente superior al absolutismo del viejo régimen[43].

El ideario revolucionario de los primeros años de revolución cambia entre los años 1792 y 1794 por un nuevo "conflictos de soberanía"[44]. En efecto, la moderación y el respeto de los primeros años de la revolución son sucedidos por el abuso, la desconfianza y la arbitrariedad. De esta forma se promulga una serie de leyes mediante las cuales el clero y la jerarquía son obligados a jurar fidelidad a la Constitución en calidad de empleados del Estado. Frente a la rebeldía de la Iglesia Católica, se decretan medidas aún más drásticas, como la pérdida de la ciudadanía de los sacerdotes, la jubilación del servicio regular o la expulsión del país[45]. El 11 de agosto de 1792, la Asamblea Nacional autoriza a los consejos municipales detener a todo aquel que opusiera resistencia. Poco tiempo después, el Rey es detenido, contrariando lo prescrito por la Constitución en materia de cesación e inviolabilidad del cargo.

En 1793 se aprueba una nueva Constitución. A partir de su texto, es posible sustraer elementos germinales del constitucionalismo social. Así se deduce de su preámbulo y del artículo vigésimo tercero:

> "El pueblo francés, convencido de la obligación y el deber de unos derechos naturales del hombre... declara solemnemente, como derechos sa-

[42] En concreto, el poder soberano del Monarca se justificaba sobre la base de tres pilares: uno tradicional, por el que la sucesión dinástica es determinada por el viejo Derecho; otro carismático, según el cual la legitimidad depende de un elemento mágico y sacro; y un tercero racional, que justifica el poder soberano de acuerdo con consideraciones de Derecho Natural. De manera que solo el Rey podía dictar una constitución.

[43] "La primera y más importante consecuencia (...) .es que solo la voluntad general puede dirigir las fuerzas del Estado según el fin de su institución, que es el bien común: porque si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de las sociedades, es el acuerdo entre estos mismos intereses los que lo ha hecho posible. Lo que hay de común en esos intereses diferentes es lo que forma el vínculo social, y si no hubiera algún punto en el que todos los intereses concordaran ninguna sociedad podría existir. Ahora bien, es en razón de este interés común como debe ser gobernada la sociedad." Rousseau, *El contrato social*. Asimismo, ténganse presente la serie de atributos que expone John Rawls sobre la noción de "voluntad general" en resumen al pensamiento de Rousseau en *Lecciones sobre la historia y la filosofía política*, pp. 284-285.

[44] Previniéndonos sobre las consecuencias del conflicto de soberanía Kriele comenta: "Cuando la polarización avanza cierto grado de intensidad, resulta decisivo si se incrementa llegando al nivel de conflictos de soberanía, o se modera para dar lugar a conflictos políticos dentro del marco de la constitución. Una vez superado el límite del conflicto de soberanía, se desarrolla un automatismo de escalada que conduce irremediablemente hacia una lucha sangrienta". Kriele (1989), p. 386.

[45] *Op. cit.*, pp. 388-389.

> cros e inalienables, a fin de que todos los ciudadanos puedan cotejar cada una de los actos de gobierno con todas las instituciones sociales(...)"[46].
>
> "La garantía social consiste en la acción de todos, para asegurar a cada cual el disfrute y la conservación de sus derechos; esta garantía descansa en la soberanía nacional"[47].

La carta de 1793 realiza una nueva declaración de derechos en cuyo texto se reconocen el derecho de propiedad y libertad de industria[48], el derecho de sufragio universal masculino[49], el derecho contra la opresión[50] y los primeros derechos sociales, como el derecho al trabajo[51], el deber sagrado a la asistencia pública[52] y el derecho a la educación en los siguientes términos:

> "La instrucción es una necesidad de todos. La sociedad debe favorecer a todos la facultad para desarrollar la razón pública, y hacer de la instrucción un bien accesible a todos los ciudadanos"[53].

En septiembre de 1793, la Asamblea se arroga la facultad de nombrar a sus ministros[54]. A partir de ese momento, el principio de separación de poderes no es más que letra muerta. Asimismo, los ejes de la soberanía ya no se radican en el *poder constituyente*, sino que en el *poder constituido*[55] de la Asamblea. Nadie ni nada podría detener o limitar los abusos del régimen revolucionario[56].

Si bien la Constitución de 1793 muestra algunas simetrías con la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica de 1787, como la participación directa del pueblo mediante el sufragio universal, la facultad de anular las proposiciones de ley y la diferenciación entre un derecho público y un derecho privado[57], toma

---

[46] Preámbulo de la Constitución de 24 de junio de 1793, disponible en: http://utionnel/francais/la-constitution/les-constitutios-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html [fecha de consulta: 1 de octubre de 2013]. (Traducción propia).

[47] Artículo 23° de la Constitución de 24 de junio de 1793 (traducción propia).

[48] Artículos 8° y 16 de la Constitución de 24 de junio de 1793.

[49] Artículo 29 de la Constitución de 24 de junio de 1793.

[50] Artículo 9° de la Constitución de 24 de junio de 1793.

[51] Artículo 18 de la Constitución de 24 de junio de 1793.

[52] Artículo 21 de la Constitución de 24 de junio de 1793.

[53] Artículo 22 de la Constitución de 24 de junio de 1793 (traducción propia).

[54] Entre los años 1794 y 1795 se desata el régimen del terror. Es durante ese periodo que Maximilien Robespierre y los jacobinos mandan a ejecutar en la guillotina a más de mil realistas sin mediar ningún tipo de procedimiento legal que asegurara la imparcialidad de la pena.

[55] Respecto a la ficción del gobierno representativo, Cotteret (1962), pp. 16-19.

[56] Kriele (1989), pp 365-366. Diferencia Estado constitucional y Estado no constitucional sobre la base de la distinción entre poder constituyente y poder constituido. Desde la óptica de la revolución el poder constituido no está limitado por la Constitución, es *legibus absolutus* y soberano en sentido propio.

[57] En este sentido, el siguiente texto de la carta americana por el cual se faculta al pueblo a dar instrucciones a sus mandatarios: "Todo derecho de naturaleza pública deberá ser prescrito para la consideración del pueblo, antes que ellos sean leídos en asamblea general para

distancia del poder constituyente que establece los límites a la soberanía popular.

En efecto, mientras que para los estadounidenses la propia Constitución es un mecanismo esencial de limitación del poder, para los franceses la soberanía es originaria, ilimitada e indivisible de forma insoslayable.

Era claro que el poder constituyente francés no podía quedar en manos de los poderes constituidos como ocurrió durante la revolución. Sin embargo, y a diferencia del caso estadounidense[58], la tradición francesa no aclara el lugar en el que se radica la titularidad del ejercicio de la soberanía. En concreto, no define si ella corresponde a la nación, en pleno, o a sus representantes autorizados por mandato. Luego, se podría afirmar en esta misma materia que la tradición francesa se aproxima al modelo inglés al dejar en manos de la Asamblea la facultad de disponer de los límites del poder en representación del pueblo.

Con el fracaso del régimen Jacobino son proclamadas dos textos constitucionales con un claro sesgo absolutista, el de 1795 y el de 1799.

El primero reproduce los principios que orientan la Declaración de Derechos de 1789, pero elimina los elementos más distintivos que la caracterizan, como el reconocimiento de que "los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos". También define la libertad en términos negativos y la igualdad en su acepción formal a fin de obstaculizar los medios para reclamar del Estado un nuevo cambio social[59]. El segundo de 1799, instaura el cesarismo plebiscitario. Dicho texto establecerá un régimen autoritario por el que el poder es distribuido de forma tal que es disuelto en beneficio del jefe de gobierno o presidente[60].

---

el debate y su reforma" (*All bills of public nature shall be printed for the consideration of people, before they are read in general assembly the last time for debate and amendment*). Todo lo anterior, independiente de las cualidades *indubitable, unalienable and indefensible rigths* (traducidas al francés como *indivisible, imprescriptible et inalienable*) y de otras analogías desde la perspectiva orgánica, como la *Hause of Representative* de Pensilvania y el *Corp Législatif* francés, que dan origen a una sola cámara representativa del pueblo, o el *Plan or Frame Government* y el *Act Constitutionel* en lo que respecta a asambleas primarias y nacionales, no dejan dudas acerca de la reciprocidad de influencias que comparten ambos textos.

[58] La tradición constitucional gala toma distancia de la estadounidense en cuatro líneas: 1) En la fundamentación teórica y racionalista del Derecho; 2) En la noción absoluta e ilimitada de la soberanía; 3) En la revisión (sino supresión) del principio básico de separación de poderes y 4) En la subordinación del Poder Judicial a una de las ramas del Ejecutivo. En otras palabras, la tradición constitucional francesa se caracterizará por ser "más radical, más racional y filosófica, más individualista y más legalista, en el sentido de más positivista" Pereira Menaut (1987), p. 337.

[59] De igual forma, se suprime la felicidad como fin de la sociedad y es reemplazado el sistema de sufragio universal por uno de naturaleza censitaria que instaura un legislativo bicameral (compuesto por el Consejo de Ancianos y el Consejo de los Quinientos). Por último, la labor ejecutiva es radicada en un directorio de cinco miembros.

[60] En referencia a la Constitución del año viii (1799) y su posterior implementación neopresidencialista en diversos regímenes dictatoriales (incluidos latinoamericanos), véase Loewenstein (1968), pp. 82-88 y Peces-Barba Martínez (2001), pp. 378-379.

Solo a partir de 1848 la tradición francesa retomará los postulados que nutren la experiencia revolucionaria de 1789 (en particular la Constitución Jacobina de 1793), reconociendo explícitamente la defensa de los derechos sociales[61].

*4) La tradición alemana posterior a la guerra*

Si Europa estaba exhausta al concluir la Segunda Guerra Mundial, más lo estaba Alemania. En efecto, la posguerra le significó no solo su división política y administrativa, sino que la reconstrucción material, social y moral de su pueblo.

En ese contexto, el constitucionalismo alemán inicia un proceso de revisión que hará confluir las reglas del positivismo puro con el iusnaturalismo de los clásicos. Para ello, fue necesaria una revisión del régimen político representativo y del sistema de controles bajo el cual el *Fürer* había alcanzado legalmente el poder. Asimismo, también era necesaria una relectura de los derechos fundamentales. Lo que estaba en juego eran las bases político-jurídicas más esenciales.

En otras palabras, se debe añadir que el desafío más importante de la tradición constitucional alemana de posguerra fue dirimir

> "si los derechos fundamentales –o, mejor, los derechos del hombre– son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal, siendo pues inviolables e inalienables dado su carácter natural, o si por el contrario son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser, por lo tanto, limitados y determinados en su ámbito de aplicación"[62].

La nueva Ley Fundamental no podía disociar la realidad del plano axiológico. Por esa razón el principio *autoritas, non veritas facit legem* debía mutar a objeto de que la verdad, y no el poder, fueran el fundamento de la ley. De esta manera reconoce como suyas la supremacía constitucional, la inviolabilidad de los derechos, la dignidad de la persona y el derecho a resistencia[63].

Sin embargo, aun cuando la influencia del positivismo decrece, muchas de sus premisas siguen vigentes. Así, la Ley de Bonn es una norma fundamental que deriva de un sistema fuentes formales de reglas, principios y valores.

---

[61] Constitution de 1848, II République, 4 noviembre, www.conseil-constitutionel.fr.

[62] Lowenstein (1968), p. 193.

[63] Las constituciones de la posguerra incorporan cláusulas que proclaman su obligatoriedad respecto de todos los poderes públicos y los particulares y consideran nociones ajenas a la tradición positivista como inviolabilidad de los derechos y dignidad de la persona. Respecto de la vinculación directa de los órganos públicos, sirven de ejemplos el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y 9.1 y 53.1 de la Constitución española de 1978. Martínez Estay (1998), p. 123.

Sobre la base de este *sistema de fuentes*, la doctrina permea el contenido *sustancial* de la Constitución a toda la realidad. Pues bien, siguiendo una concepción normativa, la jurisprudencia alemana reconoce el doble carácter de los derechos fundamentales[64].

A partir de entonces, la Norma Fundamental representa un orden axiológico que supone la existencia de derechos subjetivos, esto es, derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Dichos derechos "rigen todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, incluida la interpretación del Derecho Privado". Sin embargo, su eficacia será indirecta y mediata, pues supone la intervención de un juez ordinario. En consecuencia:

> "los derechos fundamentales ya no son considerados como derechos públicos subjetivos de libertad que protegen una esfera individual determinada, sino que pasan a adquirir una dimensión objetiva valorativa que informa todo el ordenamiento jurídico"[65].

Con todo, la aplicación de los derechos progresivamente evoluciona hacia una eficacia inmediata y directa lo que da "origen a derechos subjetivos de carácter privado"[66].

Si la Constitución es el reflejo de la realidad y la norma fundamental un mandato objetivo, los derechos fundamentales son "indicaciones para intervenciones" en el conjunto del ordenamiento jurídico: como "norma de principios", como "decisión valorativa vinculante", o como "decisión fundamental válida para todas las esferas del derecho"[67].

Este razonamiento plantea un problema respecto de la aplicación de los derechos sociales. Si la regla general era que los derechos subjetivos pudiesen ser exigidos de manera directa e inmediata por sus titulares, tratándose de los derechos sociales la regla no es aplicable de manera extensiva. Así, la eficacia de un derecho depende de su contenido, esto es, si es un derecho

---

[64] "La función primordial de los Derechos Fundamentales es, sin duda, la de proteger la esfera de libertad del individuo contra las intromisiones del poder público. Ello es consecuencia de la evolución histórica de la idea de los Derechos Fundamentales, como asimismo de los acontecimientos históricos, lo que se ha traducido en la incorporación de los Derechos Fundamentales en las constituciones de los distintos Estados". *Lüth-Urteil*, de 15 de noviembre de 1958.

[65] "Así, los derechos fundamentales ya no se quedan en la norma constitucional misma y garantizando a una posición jurídica concreta, sino además se cuelan en todo el sistema jurídico, principalmente a través de los entresijos axiológicos que proclaman las propias normas". Ferrada Bórquez advierte, con razón, sobre el riesgo que existe al interpretar en términos omnicomprensivos la doctrina del efecto de irradiación, transformando el contenido de derechos fundamentales a un estado vaporoso e impreciso que sobredimensiona su operatividad. Dicho riesgo fomenta el proceso de desconstitucionalización de los derechos. Ferrada Bórquez (2004), pp. 113-137.

[66] Martínez Estay (1998), p. 77.

[67] *Op. cit.*, p. 76.

clásico, si es un derecho social con contenido clásico, o si se trata de un derecho social de prestación[68].

### *5) La irrupción de los derechos sociales como tradición constitucional*

Los derechos sociales irrumpen en la tradición constitucional para cuestionar la legitimidad del planteamiento liberal individualista. No solo se necesita la protección de los derechos y libertades individuales, sino que se debe garantizar un mayor grado de justicia material.

Este planteamiento tiene como imperativo el deber de asistencia y rechaza el formalismo jurídico. Así, los derechos sociales postulan el interés individual desde una perspectiva colectivista: "de cada cual de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades"[69].

La tradición constitucional francesa de 1848 dispone de un modelo de Constitución dirigente. Ya no bastan los límites y derechos de libertad, también es necesario un conjunto de deberes que determinan el accionar del Estado en cuestiones sociales. Así, prescribe un régimen de prestaciones destinado a proteger "a las personas, sus familias, su religión, su propiedad, su trabajo y su instrucción". En este contexto, el artículo 13 garantiza, entre otras, la libertad de trabajo e industria, y el derecho a una enseñanza primaria gratuita y al desarrollo de una educación profesional.

Tomando como referencia la Constitución francesa, en 1917 es promulgada la constitución del estado de Querétaro[70], en México y, en 1919, la alemana de Weimar.

La Constitución de Querétaro considera un conjunto de prestaciones en materia educacional[71], laboral[72], de salud pública[73] y en otras relativas a la propiedad de las tierras, aguas y bienes del subsuelo[74]. Por su parte, la de

[68] Al efecto es necesario distinguir: 1) Si lo derechos son clásicos, ellos pueden ser perfectamente exigibles ante un juez de manera directa e inmediata siempre y cuando no exista configuración legal. 2) Si los derechos son sociales con contenido clásico, ellos son exigibles de manera indirecta y mediata siempre y cuando no exista configuración legal. 3) Si los derechos son sociales de prestación, no es posible realizar una aplicación horizontal de los mismos ya que, para ello, la autoridad debe intervenir de manera activa y pasiva. Por tanto, su aplicación es ineficaz. Martínez Estay (1998), pp. 82-86.

[69] Atria (2004), p. 2.

[70] La Constitución mexicana de Querétaro es producto del conflicto revolucionario que se plantea entre los caudillos de Carranza, su artífice, y los de Villa y Zapata. Hernández Chávez, y Kuntz Ficker (2012).

[71] Artículo 3° de la Constitución mexicana de Querétaro.

[72] Artículo 123 de la Constitución mexicana de Querétaro.

[73] Artículo 73 de la Constitución mexicana de Querétaro.

[74] Artículo 27 de la Constitución mexicana de Querétaro.

Weimar contiene una sección especial relativa a la vida social que, junto con dejar en manos del Estado la propiedad de servicios considerados básicos (como ferrocarriles, teléfonos, telégrafos y buques mercantes), prescribe el derecho a prestaciones compensatorias de familias numerosas, la protección de la maternidad[75], la protección de la juventud contra la explotación y el abandono moral, espiritual y físico[76] y el derecho a la educación[77].

En esa misma dirección viajarán las constituciones de Chile en 1925, de España en 1931[78], y de Irlanda en 1937[79].

A partir de la segunda mitad del siglo XX, el lenguaje de los derechos sociales se hace extensivo a muchas otras Constituciones, así como a diversos tratados de Derecho Internacional.

## II. Problemas que plantea el reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución

Teniendo presente las características que presenta esta categoría de derechos, existe una larga discusión sobre su naturaleza, alcance y contenido que cuestionan el carácter propiamente jurídico.

La controversia se sitúa en la estructura fragmentaria y heterogénea de la norma, la supuesta pretensión de universalidad, el principio de aplicación

[75] Artículo 119 de la Constitución alemana de Weimar.

[76] Artículo 122 de la Constitución alemana de Weimar.

[77] Artículo 120 de la Constitución de Weimar. Por su parte, la sección IV establece la organización del sistema público de enseñanza y algunas reglas sobre la formación del personal docente, el régimen de inspección, el plan orgánico de enseñanza, el régimen privado de educación y la libertad religiosa dentro del plan de instrucción.

[78] La Constitución española de 1931 define el Estado social y democrático como "República democrática de trabajadores" (artículo 1), reconociendo una serie de derechos sociales en materia de trabajo, seguridad social, educación y salud. En concreto, el capítulo II del título III establece el deber de protección del Estado a la familia y a la igualdad de sexos, el deber de los padres de alimentar, asistir e instruir a los hijos, la igualdad entre los hijos concebidos fuera y dentro del matrimonio, el deber de asistencia de los enfermos y ancianos y la protección de la maternidad, la infancia y el trabajo de los hombres, mujeres y jóvenes. Asimismo, especifica las materias sociales que serán objeto de regulación, como casos de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte, entre otros (arts. 43-50). Por último, subordinaba la riqueza a los intereses de la economía nacional, los servicios públicos al interés común, y la propiedad a la utilidad social.

[79] La Constitución de Irlanda de 1937 prescribe el deber del Estado de promover el bienestar de todo el pueblo (artículo 45.1). Sin embargo, en materia de derechos sociales el texto sólo reconoce el derecho a la educación y la libertad de elección entre un sistema educativo público y uno privado (artículo 42); garantizando la gratuidad de la enseñanza primaria y el rol subsidiario del Estado en caso de carencia de los padres y ausencia de la iniciativa privada. Sólo por vía judicial se han reconocido los derechos a huelga, a la subsistencia vital (o derecho a ganarse la vida), y el derecho a la protección de la salud. Martínez Estay (1998), p. 37.

de la reserva de lo posible, la naturaleza *prima facie* y su carácter relativo. Asimismo, la doctrina discute el grado de eficacia de la política pública que busca la implementación del derecho social, la supuesta naturaleza participativa que tendría cada derecho social en el conjunto de los derechos políticos, la relación tríadica como modelo justificativo de la norma en cuanto tal, y su naturaleza no justiciable.

*1) Estructura fragmentaria y heterogénea*

En la antigüedad hay noticias sobre "diferentes mecanismos institucionales destinados a paliar situaciones extendidas de pobreza y asistir a los colectivos más necesitados". En efecto, desde épocas antiguas se ha dispuestos de mecanismo legales tendientes a lograr una mejor distribución de la riqueza o de garantizar el acceso a diversos servicios, como eran las leyes sobre baños públicos y las de participación política en la Grecia antigua, las leyes agrarias en la Roma republicana, y las *leyes de pobres* dispuestas para la *reeducación del trabajo* en la Inglaterra industrial.

El proceso histórico por el que se van reconociendo estas necesidades no es uniforme ni obedece únicamente al logro de una sociedad más igualitaria, sino que responde a motivaciones e intereses de contenido heterogéneo. De manera que los derechos sociales de prestación nunca representaron una categoría normativa homogénea, general y abstracta. En definitiva, lo que se esconde detrás de la esfera de un derecho social es un conjunto multiforme de preferencias, intereses, demandas y necesidades[80].

*2) Dudosa pretensión de universalidad*

Muchas de las respuestas a las objeciones que se realizan sobre los derechos sociales se ubican en el plano ideológico antes que en el jurídico. Desde este prisma basta con recurrir al concepto neorrepublicano de libertad según la cual los derechos sociales son "derechos universales" dispuestos para la defensa de los más débiles, de las grandes mayorías de desposeídos e indigentes dentro de

[80] En este sentido, tomamos nota de las siguientes nociones sobre el derecho a la educación: educación como instrumento de socialización, educación como instrumento de dominación política, educación 'para la consolidación democrática', educación como instrumento contra el racismo y la xenofobia, educación para la reproducción de estereotipos de carácter racial, religioso, de género, cultural o económica, educación como medida para lograr la igualdad de género, educación para la paz y la resolución pacífica de conflictos, educación para el medio ambiente, educación para la participación, educación para la salud, educación para la prevención del VIH/SIDA, educación para la formación sexual e incluso para la planificación familiar, educación para la prevención de la tortura, educación contra la prostitución y trata de blancas. En fin, educación para un sinnúmero de finalidades cuya consecución no concluye en un todo o nada sino en un óptimo de lo deseable o posible.

una comunidad política. Se trataría de *derechos sustantivos*, no formales, por cuyo intermedio se haría posible la liberación del pueblo o la nación oprimida.

Bajo esta mirada es posible afirmar que los derechos dependen de condiciones materiales, concretas y específicas. Los derechos sociales no son derechos absolutos sino metas, directrices o programas de acción. Bajo esta perspectiva, los derechos sociales nunca serán universales por estar supeditados a factores y condicionantes externas.

Sin embargo, la ausencia de universalidad no solo tiene que ver con los condicionamientos externos sino, también, con la posición relativa que ocupa el titular en la relación jurídica. En concreto, para que haya derecho, esto es, una facultad de exigir, debe existir un deber y una obligación correlativa. En tal sentido, un derecho social en cuanto derecho de prestación no es más que una pretensión moral o una expectativa de su titular, la mayor de las veces inexigible, irrealizable y no justiciable.

*3) La reserva de lo posible como condición de exigibilidad*

Muchos de los derechos sociales son derechos de prestación. En efecto, dichos derechos inevitablemente se encuentran ligados a la actividad del Estado y dependen de él

> "por los que su contenido constitucional no los dota de mayor eficacia jurídica que la que pudiera derivarse de su consideración como garantías institucionales".

De manera que los derechos sociales tienen un alcance limitado por el grado de dependencia que existe entre su concreción y los medios que posee Estado: si los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas no todos los derechos sociales pueden ser satisfechos, consideración que tiene perjudiciales consecuencias en el plano político.

*4) Régimen de aplicación* prima facie

Una regla de Derecho es aquella que permite, exige o prohíbe algo en términos definitivos (por ejemplo, nadie puede ser torturado). Este atributo de finitud que posee un derecho confiere certeza a sus titulares para ser cumplido por un juez en términos absolutos.

La estructura de los derechos sociales no responde a posiciones jurídicas definitivas sino a normas o criterios de optimización que exigen la realización de algo de acuerdo con las condicionantes fácticas y normativas. De ahí su estructura *prima facie*.

Los derechos sociales son en este sentido mandatos de optimización que ordenan el cumplimiento de tareas o programas, la regulación de procedimientos y organizaciones, o el resguardo de realidades institucionales

entendidas como esenciales, todos los cuales difícilmente pueden ser objeto de un control jurídico definitivo. Su cumplimiento está circunscrito al cumplimiento de un estándar, una meta, o un procedimiento, sujeto a la medida de lo posible.

*5) Naturaleza relativa*

La estructura de los derechos clásicos se construye sobre la base de obligaciones de no hacer, de no obstaculizar, de no interferir. Los derechos y libertades se refieren a ámbitos en los que al Estado le está vedada cualquier posibilidad de injerencia. A diferencia de lo anterior, los derechos sociales son manifestaciones de la libertad positiva que descansan en la posibilidad de accionar e intervenir del Estado a condición de que se cumplan ciertas condiciones materiales y económicas que satisfagan el derecho social.

Se ha sostenido que el lenguaje de los derechos es un *continuum*

> "en el que el lugar de cada derecho está determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas y negativas que los caracterizan".

De esta forma, tanto los derechos clásicos como los derechos sociales compartirían aspectos positivos y negativos.

En suma, los derechos sociales expresarían libertades negativas como las de no interferir en el derecho a huelga, ni en el de sindicación o en la libertad para impartir enseñanza y educación.

El argumento no hace más que demostrar lo contrario. En efecto, no hay duda que los derechos constitucionales tienen una dimensión social y política, pero de ello no se colige que dependan de esa dimensión. Los derechos y libertades clásicos son derechos autónomos, absolutos, preexistentes al Estado, cuya justificación se deduce de la naturaleza de las cosas (y no de la prudencia política).

*6) Dudosa naturaleza participativa*

Para algunos, los derechos sociales harían posible la facultad de "expresarse en la esfera pública y participar en la esfera política". En este sentido, los derechos sociales formarían parte del *Status Activus Procesalis* con énfasis en los procedimientos que permiten la democratización de la democracia[81].

[81] Los procedimientos participativos parecen determinantes no solo para el control que ejerce el ciudadano respecto de la implementación de una política social, sino para su legitimación desde el momento en que se relaciona con las libertades políticas de expresión, de libre manifestación de las ideas, de libertad de prensa, de libertad de asociación, y de los derechos de petición y voto.

Los *derechos de participación* ocupan una posición preponderante dentro del núcleo básico de los derechos y libertades. Se trata de garantías negativas que permiten el control del poder e inciden en el diseño y ejecución de la política pública y permiten una mejor evaluación y monitoreo de parte de la comunidad. Sus manifestaciones van desde los mecanismos semidirectos de control hasta métodos de autotutela que ejercen grupos para participar en el proceso de toma de decisión político.

Sin embargo, los derechos políticos de participación ciudadana no son iguales a los derechos sociales, ya que los primeros son una manifestación del libre juego de la sociedad civil en tanto que los segundos dependen del Estado. Por tanto, mientras las libertades políticas adquieren cuerpo en forma autónoma, los derechos sociales carecen de esa independencia y están ligados a la potestad configuradora del Estado.

*7) Grado de eficacia de la política pública de la que depende el derecho social*

En ciertas oportunidades, ha quedado demostrada la ineficacia de una política social o económica que guía el derecho social en vez de favorecer o beneficiar a grupos excluidos o discriminados.

En términos comparativos también es posible probar lo anterior. Así, por ejemplo, si se toma como referencia el grado de cobertura a la educación entre distintos sistemas jurídicos es posible concluir que: el hecho de que una Constitución reconozca el derecho a la educación en términos de gratuidad y libre acceso, no es garantía de la cobertura, acceso y calidad del servicio educacional.

Desde esta perspectiva, se observan países que reconocen el derecho a la educación y aseguran la gratuidad de la enseñanza a través de un vigoroso sistema público; hay otros que lo reconocen y prevén un sistema de financiamiento mixto, público-privado; y también hay países que no consagran el derecho a la educación en la Constitución. Asimismo, los estudios revelan que las coberturas totales a enseñanza superior no necesariamente se relacionan con el financiamiento público por estudiante, sino que es una combinación de tres factores: el aporte familiar, el aporte público y el diseño de la política educativa.

*8) Las incongruencias de la relación tríadica*

Las libertades clásicas generan un tipo de relación jurídica muy sencillo "donde los individuos saben perfectamente en qué consisten sus derechos y deberes recíprocos", en tanto que esto no es así para los derechos sociales. En efecto, para estos últimos es preciso un verdadero entramado de normas de organización muchas veces

> "carentes de exigibilidad, que a su vez genera una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho".

Como una forma de explicar y justificar la complejidad de los derechos sociales algunos han descrito su naturaleza a partir de un razonamiento jurídico sustentado en una relación de tres términos.

La relación tríadica ha servido para explicar y describir los derechos según las distintas posiciones jurídicas que adopte el titular del derecho (a) y el destinatario de la obligación (b). De esta forma, si se agrupan las distintas posiciones en función de los derechos y deberes es posible deducir relaciones de contenido positivo o negativo según sea el caso. Así, en términos correlativos, frente al titular del derecho (a), el individuo, siempre existirá un deber del obligado (b), el Estado, y, en términos no correlativos, la relación jurídica puede traducirse en un no derecho o en un no deber (privilegio o inmunidad).

Si aplicamos la relación de tres términos al ámbito de los derechos sociales, un individuo o grupo de individuos (a) sería titular de un derecho oponible al Estado (b) para exigir un acto normativo, un acto fáctico, o un acto prestacional. De igual forma, desde el prisma del deudor (b), el Estado, existiría una posición jurídica intersubjetiva que surge de la imposición de las tareas políticas dispuestas por la norma. Esto se traduce en el deber del Estado (b), de concretar un programa de acción política (Pp).

La pretensión de describir la realidad jurídica bajo esta ficción presenta inconvenientes:

(1) La relación tríadica es insuficiente para explicar la realidad de los derechos y libertades. En efecto, las relaciones jurídicas no solo se presentan en términos de derechos y deberes correlativos o no-correlativos por cuanto lo hacen a través de un haz mucho más complejo que el régimen propuesto, como ocurre con el deber de cuidado que tenemos con los animales y el ambiente.

(2) Aun cuando podamos describir el mundo de las cosas objetivas, el mundo de las experiencias subjetivas y el mundo de los enunciados a través de un esquema relacional, ello no implica que cada una de estas dimensiones pueda reducirse en una relación jurídica. Desde este prisma, nos parece inconducente convertir lo político en jurídico o lo jurídico en político.

(3) Esta dimensión incorpora el concepto de 'competencia' como elemento constitutivo de la teoría de los derechos y libertades. En efecto, para que exista un derecho social es necesaria una norma de competencia que atribuya, autorice o delegue en el poder legislativo (o en la administración) la potestad para actuar normativamente en el campo específico de ese derecho social. Esta mirada desnaturaliza la autonomía de los derechos.

(4) Porque esta ficción en nada resuelve el problema de la eficacia de los derechos sociales y deja abierto, en términos *prima facie* la consecución de los derechos sociales.

*9) Carácter no justiciable de los derechos sociales*

Para muchos, los derechos sociales serían mandatos dirigidos al legislador para el desarrollo de programas de acción o para la regulación de procedimientos e instituciones. Por esta razón, parte de la doctrina sostiene que corresponde al juez asumir los casos de omisión o incumplimiento de la labor legislativa. De esta forma, muchos derechos sociales serían deberes cuyo incumplimiento traería aparejada la tutela judicial, siempre y cuando estén debidamente configurados en el ámbito legal.

En efecto, para esta doctrina los derechos sociales serían normas exigibles ante un juez cuando el legislador no cumple o cumple de modo insatisfactorio con su deber "de emanar normas destinadas a actuar las imposiciones constitucionales permanentes y concretas". En este orden de ideas, tanto el principio de supremacía constitucional como la naturaleza normativa de la Constitución supondrían la eficacia directa e inmediata de los derechos.

Una postura como la descrita involucraría al juez constitucional en materias evidentemente políticas. En efecto,

> "si se pudiera enjuiciar la adecuación entre ley y el fin constitucionalmente prescrito (...) el Tribunal Constitucional estaría suplantando al legislador en su función estrictamente política de elegir los medios conducentes a un fin"

por lo que resulta muy discutible este tipo control.

## Bibliografía

Atria, Fernando (2004): "¿Existen Derechos Sociales?", en *Discusiones*. Disponible en www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/existen-derechos-sociales-0/

Cotteret, Jean-Marie (1962): *Le Pouvoir Législatif en France* (Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias).

Crunden, Robert M. (1995): *Introducción a la historia de la cultura norteamericana* (Bogotá, Ancora).

Dippel, Horst (2005): "Constitucionalismo Moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita", en *Historia Constitucional*, N° 6: pp. 181-199.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos, "Los derechos fundamentales y el Control Constitucional", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. xvii: pp. 113-137.

Fioravanti, Mauricio (2007): *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (Madrid, Trotta).

Hernández Chávez, Alicia (dir.) y Sandra Kuntz Ficker (coord.)(2012); *México. La apertura al mundo* (Madrid, Taurus (Fundación Mapfre-Santillana Ediciones Generales) Tomo iii: pp. 80-90.

Kriele, Martin (1989): *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático* (Buenos Aires, Depalma).

Loewenstein, Karl (1968): *Teoría de la Constitución*.

Martínez Estay, José Ignacio (1998): "Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 N° 3: pp. 721-724.

Peces-Barba Martínez, Gregorio (2001): *Historia de los Derechos Fundamentales: El Derecho positivo y los derechos humanos* (Madrid, Dykinson) Tomo ii Vol. iii.

Pereira Menaut, Antonio-Carlos (1987): *Lecciones de Teoría Constitucional* (Segunda Edición, Madrid, Editorial de Derecho Reunidas SA).

Pereira Menaut, Antonio-Carlos (1992): *El ejemplo constitucional de Inglaterra* (Madrid, Universidad Complutense).

Pereira Menaut, Antonio-Carlos (2012): *El constitucionalismo de los Estados Unidos. La magna carta norteamericana vista desde la española* (Santiago de Compostela, Andavira).

Puelles Benítez, Manuel (2012): *Política, legislación y educación* (Madrid, UNED).

Rawls, John (2009): *Lecciones sobre la historia de la filosofía política* (Barcelona, Paidos).

Roosevelt, Franklin D.(1944): *State of the Union Message to Congress*, Disponible en: www.fdrlibrary.marist.edu/archives/address_text.html.

Schmitt, Carl (1982): *Teoría de la Constitución* (Madrid, Alianza Editorial)

Sunstein Cass R. (2006): *The second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution-And Why We Need It More Than Ever.*

Tocqueville, Alexis de (1835): *La democracia en América* .

Tocqueville, Alexis de (2006): *El antiguo Régimen y la Revolución* (Duodécima Reimpresión, México D.F, Fondo de Cultura Económica).

Wolfgang Sarlet, Ingo (2010): "Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo. Algunos problemas y desafíos", en Miguel Ángel Presno Linera, Ingo Wolfgang Sarlet (eds.): *Los Derechos Sociales como Instrumentos de Emancipación* (Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters).

# DERECHOS SOCIALES: RECONOCIMIENTO, GARANTIZACIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

# SOCIAL RIGHTS: RECOGNITION, GUARANTEE AND LEGAL NATURE

*Roberto Mayorga Lorca*[*]

Resumen: En el presente trabajo intentamos comparar el reconocimiento universal de los derechos económicos, sociales y culturales con las formas posibles de su plena garantización y, a partir de lo anterior, la naturaleza jurídica que poseen. Finalizamos efectuando reflexiones sobre el debate público que se ha instalado en el tema, para sostener que estos derechos, comúnmente denominados *derechos sociales*, no son derechos a la igualdad, sino derechos a un nivel de vida digno.

Palabras clave: Reconocimiento y garantía de los derechos - Naturaleza Jurídica - ¿Son los derechos sociales derechos a la igualdad o a un nivel de vida digno?

Abstract: This paper aims to compare the universal recognition of economic, social and cultural rights with the different ways for their effective guarantee, and based on this comparison, we analyze the legal nature they have. Finally, we make reflections related with the public discussion over this matter, affirming that these are not rights of equality, but rather are rights for securing everybody an adequate standard of living.

Keywords: Recognition and guarantee of social rights - Legal Nature - ¿Equality or an adequate standard of living?

[*] Doctor en Derecho Universidad de Heidelberg. Profesor titular Universidad de Chile. Profesor titular Universidad de Santiago. Profesor del Magíster en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo. Coreo electrónico: robertomayorgal@gmail.com

## Del reconocimiento

En el libro *Naturaleza Jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*[1] se constata, pormenorizadamente, que los derechos económicos, sociales y culturales –conocidos en la actualidad como derechos sociales– gozan, a partir del Pacto Internacional de 1966[2], de reconocimiento universal. No obstante, el mero reconocimiento que, asimismo, se contiene en otros instrumentos internacionales y en numerosas constituciones nacionales, no es suficiente para determinar la exacta naturaleza jurídica de estos derechos. Porque, ¿qué significa que estén reconocidos? En otras palabras, ¿en qué calidad han sido reconocidos? ¿Cómo derechos subjetivos, mandatos al legislador, deberes impuestos al Poder Ejecutivo, declaraciones programáticas?[3]. Solo una vez que se precise la forma en que han sido reconocidos será factible aproximarse a su naturaleza jurídica.

Ahora bien, la forma del reconocimiento nos conduce al tema de la garantización. Mientras el reconocimiento es una declaración relativa a la existencia del derecho, la garantización es la posibilidad real de que el derecho reconocido llegue efectivamente a realizarse. La complejidad de la cuestión se ahonda si se concluye que a algunos de los derechos reconocidos se les garantiza de una manera y a otros de forma diferente, pues sería necesario examinar las razones de este tratamiento desigual. Sabemos que el grado más elevado de garantización es aquel que confiere exigibilidad al derecho, esto es, carácter de derecho subjetivo que faculta al titular exigir su cumplimiento en caso necesario, a través de mecanismos previamente establecidos, a un sujeto individualizado como responsable[4]. Es la situación en la que se encuentran por lo general los derechos civiles y políticos.

El grado de garantización no es una mera cuestión semántica. Un texto jurídico puede emplear expresiones categóricas y decir que un derecho se garantiza de manera plena, pero ello será simplemente lírico sino existen simultáneamente los requisitos necesarios: la titularidad del derecho, los mecanismos jurídicos para exigir su cumplimiento, una autoridad ante la cual el interesado pueda recurrir y un sujeto responsable capaz de darle cumplimiento.

Entre la plena garantización y el mero reconocimiento existen posibilidades intermedias, como cuando se fijan responsabilidades, pero no se contemplan mecanismos de exigibilidad. Estas responsabilidades pueden

[1] Mayorga Lorca (1990).

[2] "Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales" abierto a la firma, adhesión y ratificación por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y en vigor desde el 30 de enero de 1976.

[3] Tomandl (1967), pp. 7-9.

[4] Peces Barba (1978), p. 213.

referirse a un sujeto determinado, por ejemplo, el legislador, o estar contempladas en términos imprecisos como cuando se imponen deberes al Estado o a la comunidad.

La individualización del sujeto responsable permite establecer sistemas de control de los deberes jurídicos impuestos. A la inversa, la indeterminación del sujeto responsable hace inútil el establecimiento de sistemas de control. No hay que confundir al sujeto responsable de dar cumplimiento al derecho con las causas de dicho incumplimiento, normalmente relacionadas con las estructuras económicas y sociales de un país.

## De la Garantización

A fin de explorar, entonces, el tema de la garantización, nos enfocaremos en el citado texto internacional, de mayor carácter universal, el referido Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, suscrito por la casi totalidad de las naciones del orbe. En este Pacto existen *dos principios básicos* relativos a la garantización. El primero se refiere a las *condiciones* que permitan a cada persona gozar de los derechos económicos, sociales y culturales, y el segundo a las *medidas* que los Estados se comprometen a adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos. Los veremos de manera individual.

Respecto del primero, en los considerandos del Pacto se puede leer textualmente:

> "Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos..."[5].

Salta a la vista la equivalencia en que el párrafo citado coloca a los derechos económicos, sociales y culturales en relación con los civiles y políticos. Tal equivalencia se contiene exactamente en los mismos términos, en el considerando tercero del preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Parecería fácil entonces concluir que todos los derechos del hombre se encuentran en un mismo nivel, lo cual no se ajusta a la realidad ya que, en su desarrollo, los Pactos no dan igual tratamiento a sus respectivos derechos.

Nos advierte el Pacto, como decíamos, que para el goce de cualquiera de los derechos deben crearse, previamente, condiciones que lo permitan. El

[5] Véase el considerando tercero del preámbulo del Pacto.

Pacto no especifica cuáles serían dichas condiciones, entregando su determinación a la voluntad del pueblo soberano. En concreto, dispone:

> "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural"[6].

Acertadamente, el Pacto no se pronuncia acerca del contenido de esas condiciones, puesto que estas tienen relación con las formas de organización de la sociedad, las cuales quedan entregadas a las decisiones que la nación adopte.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene, no obstante, hacer unas breves reflexiones sobre el contenido de estas condiciones. Según Peces Barba[7], las condiciones se relacionan de manera directa con la posibilidad de garantizar los derechos. De acuerdo con su criterio, para que los derechos del hombre estén efectivamente garantizados, deben concurrir condiciones que agrupa en tres categorías. La primera se refiere a la organización política, social y económica de la sociedad y que el autor estudia bajo la premisa de una sociedad democrática. La segunda apunta al ordenamiento jurídico y consiste en que los derechos puedan ser en efecto protegidos por los tribunales de justicia en caso de infringírselos o no respetárselos. La tercera categoría tiene relación con condiciones extraordinarias o anormales entre las que distingue dos tipos: las de carácter individual, como el estado de necesidad o la legítima defensa, y las de carácter colectivo, como la revolución. Por medio de estas últimas se buscaría la protección de los derechos, pero a través de procedimientos que implicarían una ruptura del orden jurídico y que se sitúan, por tanto, al margen del propio derecho.

Entre los presupuestos de la primera categoría, relativos a una sociedad democrática, examina Peces Barba los factores políticos, sociales, económicos y culturales que permitirían que en una sociedad los derechos fuesen garantizados. Es en esta clase de análisis donde el investigador se ve necesariamente compelido a entrar en disquisiciones de naturaleza ideológica y a pronunciarse en favor o en contra de determinados tipos de organización social, con el riesgo de perder de vista la objetividad. No obstante la importancia de este tipo de discusión, en este artículo nos enfocaremos en examinar desde una perspectiva dogmática, los derechos comúnmente llamados sociales, su reconocimiento y garantización[8], sin perjuicio de efectuar, en los párrafos finales de este trabajo, algunas reflexiones sobre el debate ideológico que se ha instalado en el último tiempo en la temática.

---

[6] Véase el art. 1 Nº 1 del Pacto, que es idéntico al art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[7] Peces Barba (1978), p. 193 y ss.

[8] Acerca de la relación entre democracia y derechos humanos puede consultarse, Schambeck (1969), p. 129.

El segundo principio básico relativo a la garantización se refiere a las medidas que los Estados deben adoptar a fin de lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos. Según el art. 2, Nº 1 del Pacto,

> "Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas... para lograr... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"[9].

De los acápites seleccionados del citado artículo es posible extraer algunas conclusiones. Primero, el Pacto distingue claramente entre reconocimiento y plena efectividad (garantización). El reconocimiento, que es un acto inmediato, no significa, sin embargo, la inmediata efectividad. Segundo, la plena efectividad se prevé como una meta futura y a su cristalización se orientan los preceptos del Pacto. Tercero, para la obtención de esta meta deben adoptarse medidas en la forma como más adelante se explicará. Cuarto, son los Estados partes del Pacto, quienes asumen el compromiso de adoptar las medidas que permitan la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.

En resumen, se entiende que, como consecuencia de un proceso durante el cual se tomen medidas, podrá arribarse a una situación donde, por existir las condiciones necesarias, será factible la plena realización de estos derechos. Cabe distinguir, entonces, entre las medidas que deben adoptarse durante el proceso y la plena efectividad de los derechos como resultado del proceso. Respecto de la plena efectividad, el Pacto no señala explícitamente cómo estarán garantizados los derechos al final del proceso, no se pronuncia acerca de la eventual exigibilidad, no la define[10].

El art. 2 Nº 1 indica que esa plena efectividad debe lograrse progresivamente, pero no hay menciones acerca de su naturaleza y características. Su logro progresivo implica que los Estados no pueden dar cumplimiento inmediato a los derechos del Pacto, lo cual es una aceptación de la realidad, al menos en los países que no han alcanzado un alto grado de desarrollo[11].

Hay aquí una diferencia con los derechos civiles y políticos que amerita un par de comentarios. A pesar de que ambos Pactos manifiestan que los derechos que contemplan podrían gozarse únicamente cuando se creen las condiciones necesarias, suponiendo una relación proceso-meta, la verdad

[9] El art. 2, Nº 1 el Pacto expresa: "Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

[10] En relación con el carácter de proceso que reviste la plena efectividad de estos derechos, véase a Horner (1974), p. 15.

[11] Se ha criticado en la ONU esta fórmula como una manera de postergar el cumplimiento del Pacto. UN Doc. A/2929, cap. 23, p. 20.

es que la mayoría de los derechos civiles y políticos pueden ser, en efecto, garantizados de inmediato, es decir, no requieren de un proceso previo como los derechos sociales. Así, por ejemplo, la libertad de expresión o el derecho de asociación pueden ser respetados *ipso facto* por el Estado, bastando que la autoridad adopte las providencias respectivas. No ocurre lo mismo con los llamados derechos sociales. El derecho a la protección de la salud, a la educación, al trabajo, a la vivienda, en definitiva, a un nivel de vida adecuado, por ejemplo, no son susceptibles de ser materializados de súbito por medio de órdenes de la autoridad. Fundados en esta diferencia, se ha sostenido que los derechos civiles y políticos constituyen *estados* y los derechos sociales *procesos*, de lo cual se deduce que los primeros están ya en un grado de total perfeccionamiento mientras los segundo solo en un proceso que requeriría de la humanidad la inteligencia de fórmulas jurídicas aún inéditas. De tal razonamiento podría desprenderse que los primeros tienen actualmente un rango superior a los segundos, no obstante que ambas categorías son esenciales para la dignidad de la persona[12].

El Pacto señala que la plena efectividad debe conseguirse progresivamente, pero no fija plazos, salvo una indicación relacionada con países donde la educación básica no es obligatoria ni gratuita, sobre la cual se expresa que,

> "todo Estado parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte de él, aún no haya podido instituir en su territorio la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de enseñanza obligatoria y gratuita para todos"[13].

Esto es, los propios Estados se obligan a fijarse para sí mismos un número de años dentro de los cuales debe materializarse este derecho. Pero la regla general en el Pacto es la imprecisión, aunque, sin embargo, se dispone que los Estados deben presentar informes al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, dentro de dos años de la entrada en vigor del Pacto, relativos a las medidas que hayan dispuesto y los progresos realizados con el fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el Pacto.

La imprecisión del término 'progresivamente', que equivale a dejar en blanco o abierta la ocasión de la plena efectividad de los derechos, ha tenido, empero, un lado positivo, debido al alto número de naciones que han adherido al Pacto, lo cual ciertamente no habría acaecido de fijarse plazos rígidos. La imprecisión, pues, ha sido, una vez más, el precio de la unanimidad[14].

---

[12] Según Schambeck (1969), los derechos políticos y civiles deberían tener rango constitucional y los derechos sociales rango legal. Véase también Alvarado (2014).

[13] Véase el art. 14 del Pacto.

[14] Guradze (1971), p. 244.

## Del sujeto responsable de la garantización

El Pacto manifiesta, expresamente, que son los Estados quienes se obligan a adoptar medidas para el logro de la plena efectividad de los derechos. Los Estados asumen dos obligaciones, una inmediata, consistente en adoptar medidas, y otra mediata, relativa a la plena efectividad de los derechos. El cumplimiento de la primera es requisito de la segunda.

El Pacto es claro en identificar al sujeto responsable y no hay dudas acerca del papel que le corresponde. Si el Estado debe adoptar medidas, quiere decir que se le asigna un papel activo en el proceso de creación de las condiciones que posibiliten la plena efectividad de los derechos. Se ha planteado que este rol activo es incompatible con el papel pasivo que le corresponde al Estado respecto de los derechos civiles y políticos, denominados libertades. Esta relación de tensión se expresa en las siguientes interrogantes: ¿puede el Estado tener un papel activo respecto de los derechos sociales y, simultáneamente, cautelar los derechos civiles y políticos? A la inversa, ¿puede tener un papel pasivo respecto de los derechos civiles y políticos y, al mismo tiempo, hacerse responsable de la plena efectividad de los derechos sociales? ¿Puede pensarse en una relación de *complementación* y no de *tensión* entre ambas categorías de derechos?[15].

A simple vista podría suponerse que, entre los fundamentos del papel activo, por una parte, y los fundamentos del papel pasivo, por otra, existe una relación inversa y contradictoria. Las razones por las que se exige al Estado uno u otro papel no son las mismas. La doctrina tradicional entendió que el causante principal de las violaciones a los derechos del hombre se hallaba en la acción del Estado que impedía a la persona el goce de sus derechos. Identificó, así, al Estado como un sujeto doble, causante de las violaciones, por una parte, y, enseguida, responsable de la plena efectividad de los derechos. Se atribuyó al Estado el carácter de sujeto real o potencialmente transgresor de las llamadas libertades y se le obligó a cautelarlas asignándosele un papel pasivo, reduciendo sus atribuciones y aumentando la esfera de acción de los particulares. La conducta que el Estado debe seguir tiene ese propósito: autolimitarse a sí mismo y ensanchar el espacio de atribuciones de la persona[16].

Tal lógica no es aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado es claramente responsable de la plena efectividad de estos derechos, pero no necesariamente causante directo de que se violen o transgredan. No es posible, entonces, asignársele aquí la calidad de sujeto doble, es decir, causante y responsable. Los orígenes y razones de la falta de disfrute de estos derechos, particularmente en las sociedades en desarrollo, en que sectores

[15] Según Tomandl, la cuestión no es si el Estado debe tener o no un papel activo sino que con qué medios y alcances debe intervenir. Tomandl (1967), p. 16.

[16] Ohlinger (1978), p. 37.

importantes de la población no han alcanzado niveles de vida satisfactorios, conducen al análisis de las causas del subdesarrollo, que se vincula con la estructura social y económica de estos países y los grados de desigualdad que las afectan. Lo que interesa dejar establecido es el hecho de que sindicar al Estado como responsable de la realización de estos derechos no implica, necesariamente, que este sea también el causante de sus violaciones o incumplimientos.

Sobre la materia es necesario realizar algunas reflexiones en torno al papel que los propios particulares pueden tener en calidad de sujetos infractores. Esta situación se relaciona con el fenómeno conocido en la doctrina alemana como *Drittwirkung*[17], efecto terciario, según el cual los derechos humanos también podrían verse afectados por las relaciones entre particulares, en el evento de que estos pudiesen ser causantes de que terceros vean incumplidos sus derechos. El asunto reviste significación ya que, si se identificase en la conducta de algunos la falta de realización de los derechos de otros, el Estado podría adoptar medidas en contra de particulares.

En el Pacto Internacional existen algunos párrafos que se vinculan a este fenómeno. En una ocasión se dice:

> "comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto…"[18].

Esto es, no solo se ubica al Estado sino, también, a los particulares en posición de respetar estos derechos. El Pacto no dice expresamente que el individuo sea un sujeto potencialmente violador de estos derechos, pero sí debe respetarlos es porque puede transgredirlos.

En una segunda referencia, en el art. 5 se prescribe:

> "Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él".

De esta cláusula podría derivarse que la violación de los derechos podría provenir de diferentes causantes, entre los que se mencionan el Estado, grupos e individuos.

¿Quiere ello decir que cualquier derecho económico, social o cultural puede tener su causa de transgresión en la acción de grupos o individuos? En otras palabras, ¿podría atribuirse la carencia para algunos de derechos como el derecho al trabajo, a la protección de la salud o adecuado nivel de vida, a

[17] Sobre el *Drittwirkung* o efecto terciario, véase a Doehring (1976), p. 198.
[18] Véase el considerando final del Preámbulo del Pacto.

la conducta activa u omisiva de otros individuos o grupos? La respuesta va más allá de lo jurídico y dependerá de la estructura y organización de cada sociedad[19].

La cuestión es importante en cuanto el Estado, sujeto responsable de la plena efectividad de los derechos, debe adoptar medidas para eliminar las causas que impiden dicha efectividad. Así, si individuos o grupos son sujetos causantes, el Estado podría adoptar medidas que los afectaran. El Pacto no contiene una norma general en la materia, esto es, que autorice al Estado respecto de todos y cada uno de los derechos, a dirigirse contra particulares identificados como causantes de la no efectividad de los derechos. No obstante, existen disposiciones singulares de las cuales podría desprenderse dicha autorización, particularmente en el art. 7. En concreto, es el caso del derecho a condiciones de trabajo equitativas, ya que, si se parte de la base de que en la sociedad existe libertad empresarial, la realización de este derecho, es decir, remuneración mínima, salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, condiciones dignas para el trabajo de la mujer, etc., solo será posible en el ámbito de dicha empresa privada y, por tanto, su cumplimiento será de su responsabilidad[20]. Lo mismo puede sostenerse acerca de los derechos de sindicación y huelga. También se encuentran en situación similar los derechos de la madre trabajadora y los derechos de protección a niños y adolescentes en el trabajo[21].

Pero fuera de los derechos mencionados no puede desprenderse del Pacto que sean los particulares quienes los transgredan. Aun, en los casos hipotéticos en que terceros fueren causantes de violaciones, queda abierta y sin respuesta la interrogante relativa a la forma en que el Estado podría actuar en contra de ellos sin menoscabar al mismo tiempo los derechos civiles y políticos. Lo anterior no debe llevar a la conclusión de que los derechos económicos, sociales y culturales rigen relaciones entre particulares y que el individuo pueda derivar pretensiones jurídicas directamente en contra de otros individuos. Los derechos del hombre constituyen relaciones entre la persona y el Estado y se sitúan en la esfera del Derecho Público, el problema está, sin embargo, en si es dable requerir al Estado para que, afectando a algunos, pueda materializar el derecho de otros.

## Características de las medidas que los Estados deben adoptar

Conviene observar, en primer término, que el Estado puede recurrir a la cooperación internacional a fin de poner en ejecución las medidas que se estimen

[19] Acerca de la relación entre derechos del hombre y grupos de poder, consúltese Ann den Rijm (1979), pp. 175-195.

[20] Zuleeg (1974), p. 326.

[21] Véanse los arts. 7 y 10 del Pacto.

apropiadas para el logro de la plena efectividad de los derechos contenidos en el Pacto[22]. Esta cooperación está expresamente concebida en relación con el derecho a un nivel de vida adecuado[23]. El Pacto carece de menciones expresas acerca de la conveniencia de transferencias directas de recursos o bienes desde los países industrializados o desarrollados a los países subdesarrollados o en vías de desarrollo. Sin embargo, sobre el "derecho a estar protegido contra el hambre", dispone que los Estados deberán "asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades", teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan como a los que exportan productos alimenticios. Este tema está vinculado al antiguo desafío de un nuevo orden internacional, que permita superar las tremendas diferencias existentes entre las naciones del orbe.

Amén de la cooperación internacional, el Pacto da indicios de la naturaleza de otras medidas que puede adoptar indicando que estas podrán ser "especialmente económicas, técnicas y legislativas"[24]. La expresión 'especialmente' nos señala que, además, pueden tener otro carácter, por ejemplo, pueden ser sociales, políticas, jurídicas o culturales y que el procedimiento podría ser otro que el legislativo. Pues, si bien la norma contiene una remisión al legislador, quien, en virtud de la ley debería adoptar las medidas, ello no libera de responsabilidad a los demás poderes del Estado. Es el Estado el que asume el deber de respetar el Pacto y ello lo efectúa a través de sus diferentes poderes y órganos, sean legislativos, ejecutivos, judiciales o administrativos[25].

En cuanto al contenido específico de las medidas, también existen algunos indicios, como las referidas en el Pacto al derecho al trabajo. Se dice que para hacer realidad este derecho, deberán prepararse programas encaminados a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante. Las medidas concretas las determina cada Estado libremente, sin embargo, sujeto a una condición: que se considere de modo simultáneo el logro del pleno empleo. Por consiguiente, serían incompatibles con el Pacto medidas adoptadas bajo el supuesto de conseguir el crecimiento y que provocaran aumento de la cesantía. Ahora bien, dicho desarrollo, crecimiento y pleno empleo, prescribe el Pacto, deben alcanzarse en condiciones que garanticen las libertades económicas y políticas, esto es, los derechos civiles y políticos. Esta referencia es expresión de la denominada *relación de tensión* en que se encontrarían ambas categorías de derechos[26].

[22] Véanse los arts. 1 Nº 2; 2 Nº 1; 15 Nº 4 del Pacto.

[23] Véase el art. 11 Nº 1 del Pacto.

[24] Véase el art. 2 Nº 1 del Pacto.

[25] Existe la tendencia en Europa a interpretar las disposiciones del Pacto como recomendaciones dirigidas al legislador. Horner (1974), p. 213. También Tomandl (1967), p. 41.

[26] Shambeck (1969), p. 99.

Al menos en otras cinco ocasiones vuelve el Pacto a referirse al tipo o contenido de las medidas que deben adoptarse a fin de lograr la plena efectividad de los derechos. Lo hace en consideración al derecho a ser protegido en contra del hambre como, por ejemplo, promoviendo

> "el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y utilización más eficaces de las riquezas naturales".

También se encuentran medidas en conexión con la protección de la salud, al derecho a la educación, a la protección de la infancia, a la promoción de la vida cultural, etc. Todas estas medidas se señalan a modo de ejemplo, correspondiendo a los Estados, en mérito a su libre determinación, adoptar aquellas que estimen apropiadas para cada situación en particular[27].

Cuando el Pacto coloca el acento en medidas de carácter económico, no significa que el logro de la plena efectividad de los derechos sea exclusivamente de esa índole. Por ejemplo, no excluye la implementación de medidas jurídicas dirigidas a asegurar la vigencia de los derechos. Naturalmente la autoridad estará en situación de satisfacer los derechos sociales solo si se han generado las condiciones económicas que le permitan disponer de los recursos necesarios. Sería ilusorio y simplemente retórico conceder al individuo instrumentos jurídicos a fin de que exigiese sus derechos a una autoridad impotente y carente de medios para satisfacerlos.

## De la naturaleza jurídica de los derechos sociales

Del análisis efectuado resulta notorio el dualismo entre reconocimiento y garantización. El Pacto, amén del tema de las medidas que los Estados se comprometen a adoptar, no contempla mecanismos concretos de garantización de estos derechos. Los Estados reconocen estos derechos, pero se comprometen a garantizarlos solamente en el futuro. Esta regla tiene, no obstante, tres excepciones en el Pacto: el derecho a sindicación, el derecho a huelga y la libertad de educación, los cuales, se dice, se garantizan de inmediato[28]. ¿Por qué esta situación de privilegio para estos tres derechos? La respuesta radica en que se trata de derechos para cuya plena garantización no se requiere de la creación previa de condiciones que posibiliten su ejercicio. Basta que la autoridad permita su ejercicio para que sus titulares puedan organizar sindicatos, declarar huelgas o escoger el tipo de educación disponible. A diferencia

[27] Véanse los arts. 6, 10, 12, 13 y 15 del Pacto.
[28] Véanse los arts. 8 y 13 del Pacto.

del resto de los derechos del Pacto, estas tres excepciones no requieren de un papel activo del Estado, sino que de un *laissez-faire*, situación análoga a la de los derechos civiles y políticos. De lo anterior puede concluirse que cuando un derecho no requiere de un papel activo del Estado, sino simplemente pasivo, se le reconoce y garantiza de inmediato, pero si exige de un papel activo, solo se le reconoce, comprometiéndose el Estado a garantizarlo a futuro.

Lo anterior lleva a sostener que en el Pacto los derechos no son justiciables, no poseen la calidad de derechos subjetivos que permitan a un titular demandar su cumplimiento a un sujeto responsable por medio de mecanismos preestablecidos[29]. Esto es, la persona más que un titular, es un potencial beneficiario de los derechos, ya que no pudiendo exigir su cumplimiento, sin embargo, puede gozar de ellos en caso de que se realicen. Pero, por otro lado, existe un sujeto responsable de los derechos, el Estado, que al suscribir el Pacto se compromete, en las condiciones expresadas, a adoptar medidas para darles plena efectividad. En definitiva, estos derechos constituyen un deber del Estado[30]. Tenemos entonces dos sujetos, un sujeto responsable y un sujeto beneficiario, pero entre ambos no existe un vínculo jurídico que permita a este último exigir la realización de sus derechos.

Ahora bien, la circunstancia de que el Pacto erija al Estado como responsable, nos libera de la idea de que los derechos económicos, sociales y culturales sean meras declaraciones programáticas, respecto de las cuales no caben formas de control, puesto que el Pacto si prevé controles. El art. 16 N° 1 establece:

> "Los Estados partes en el Pacto se comprometen a presentar informes sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo".

Estos informes deben elevarse al Consejo Económico Social de las Naciones Unidas. La materia ha sido complementada por un protocolo facultativo que entró en vigor en 2013[31], según el cual el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas puede recibir denuncias de particulares y emitir informes y recomendaciones a los Estados, los que dudosamente poseen carácter vinculante para estos. Sin embargo, en el ámbito nacional no se contemplan recursos en favor de los particulares, ni tampoco mecanismos internos de otra índole dirigidos a controlar la responsabilidad del Estado, esto es, la responsabilidad del Estado se establece ante la comunidad internacional.

Según Ermacora, existe un derecho subjetivo de carácter internacional cuando se posibilita a un individuo víctima de una transgresión a sus dere-

[29] Tomandl (1967), p. 45.

[30] Vierdag se pregunta si de este deber del Estado pueden derivarse derechos reflejos, en Vierdag (1978).

[31] Chile aún no ha adherido a este Protocolo.

chos, recurrir a un órgano o instancia internacional. Únicamente en este caso existiría una responsabilidad internacional del Estado frente al individuo, lo cual no ocurre en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales[32]. En resumen, reiteramos, estos derechos constituyen un deber del Estado, sin que se instituyan instrumentos jurídicos en favor del individuo, no obstante, la responsabilidad estatal ante la comunidad internacional.

Cuando el citado artículo del Pacto indica que el Estado se compromete ante la comunidad internacional a adoptar medidas para la realización de estos derechos, ¿a qué órganos del Estado se refiere este compromiso?[33].

Las constituciones tradicionalmente encomiendan al Poder Ejecutivo las tareas de índole internacional, por lo cual será este poder el que deberá lidiar con el Comité de Derechos Económico-Sociales llegado el caso. ¿Significa ello que el poder ejecutivo también tendrá que informar a dicho comité acerca de las acciones u omisiones de otro poder del Estado, el legislativo, por ejemplo?[34].

Ahora bien, sin perjuicio de las limitaciones del Pacto, no hay duda de que la ciudadanía puede ejercer un *control político del Estado* por medio del veredicto popular a través de elecciones, plebiscitos o, incluso, movilizaciones sociales. No obstante, ¿sería posible un modelo de sociedad en el cual los particulares dispusiesen de recursos judiciales para exigir sus derechos sociales del mismo modo que pueden hacerlo respecto de los derechos civiles y políticos?[35]. He aquí donde surge la compleja interrogante relativa al papel que podría corresponderle al Poder Judicial. ¿Podría, por ejemplo, el juez, requerido por un trabajador cesante, exigir a los otros poderes la adopción de medidas para el cumplimiento de su derecho al trabajo? No es posible dar una respuesta en el aire, ya que ello dependerá, justamente, de la estructura que se conceda al Estado. Una respuesta afirmativa conduciría a lo que algunos autores denominan un *estado judicial*[36], en el que la función del juez adquiriría predominio por sobre los otros poderes.

En la hipotética situación que se está intentando describir concurrirían complejas problemáticas. Una, relativa a la legitimidad democrática del Poder Judicial, puesto que si en una democracia el poder proviene de la soberanía popular, no sería razonable que el juez –cuyas atribuciones no emanan de esa soberanía– tuviese facultades por sobre los otros dos poderes

[32] Ermacora (1973), p. 369.

[33] Horner (1974), p. 312.

[34] Según Ermacora el gobierno de un país asume la responsabilidad internacional de los actos de los demás poderes del Estado, especialmente si no ha adoptado las providencias necesarias para evitar transgresiones a los derechos fundamentales. Ermacora (1973), p. 383.

[35] Una respuesta positiva excedería el marco de atribuciones del Poder Judicial. Kohl (1968).

[36] Traducido del alemán. Empleado por Horner (1974), p. 309.

del Estado, lo cual ha llevado a autores a sostener que de conferirse al Poder Judicial un estatuto superior sería necesario que, asimismo, tuviese una génesis democrática, tema controvertido por el riesgo de politizar a este poder y privarlo de una necesaria imparcialidad ideológica[37].

Desde otra perspectiva, se ha reflexionado si, por ejemplo, en un modelo de economía mixta podría el juez, requerido por aquel trabajador cesante, obligar a una empresa privada a contratarlo. En doctrina la respuesta debería ser negativa, ya que los derechos humanos, como se ha señalado, se ejercen en contra o ante el Estado y no respecto de otros particulares, evitando así generar una *relación de tensión* con los derechos civiles y políticos[38].

Lo que sí sería imaginable en el ejemplo en cuestión es que el juez obligara al Estado a proteger al trabajador mediante un subsidio de cesantía suficiente para el logro de un nivel de vida adecuado y no solo con un mínimo, al decir de algunos.

En el citado libro –*Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*– se analizan de forma pormenorizada cada uno de los derechos contenidos en el Pacto, planteándose la tesis de que el *derecho a un nivel de vida adecuado* es fundamental para la *dignidad humana*, estando en el centro de cada uno de los demás derechos sociales, considerando que todos ellos, integradamente, posibilitan que la persona pueda lograr dicho nivel de vida y en consecuencia dignidad[39].

El Pacto expresa que en el concepto de nivel de vida han de comprenderse alimentación, vestido y vivienda adecuada y una mejora continua de las condiciones de existencia. Lo cierto es que no solo estos últimos, sino que todos los derechos sociales apuntan en definitiva al logro de un nivel de vida digno. De esta manera, podría sostenerse que, así como la libertad es el fundamento de los derechos civiles y políticos, *el nivel de vida adecuado es el fundamento de los derechos sociales*, todos, directamente vinculados a la idea de la dignidad humana.

El concepto de nivel de vida, definido por las Naciones Unidas, es dinámico y varía en el tiempo y el espacio, pero implica en lo esencial que toda persona pueda satisfacer de manera adecuada sus necesidades básicas –esenciales– relativas a su subsistencia, las cuales, justamente, dan origen a los derechos enunciados en el Pacto Internacional. En el citado libro hemos sostenido que básicamente es a través del derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social como la persona puede lograr aquel nivel de vida, ya que en un modelo que permita la iniciativa privada, le es difícil al Estado proveer

[37] Doehring analiza esta problemática a raíz de la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional Alemán. Doehring (1976), p. 127.

[38] Traducción libre del alemán: *Spannungsverhealtnis*. Tomandl (1967), p. 26.

[39] Véanse la p. 42 y ss. del citado libro, que analizan el derecho a un nivel de vida digno como el derecho central de todos los derechos económicos, sociales y culturales.

de puestos de trabajo a todos quienes lo requieran, por mucho que el Poder Judicial pudiese demandárselo. Sería, entonces, por medio de la seguridad social[40] como el juez podría instruir que se proteja a los particulares que no están en condiciones de alcanzar un nivel de vida adecuado.

Resalta, en consecuencia, en toda su dimensión la relevancia del derecho a la seguridad social como un derecho vital, imprescindible, dirigido al logro de un nivel de vida adecuado, razón para sostener la existencia de un sistema de seguridad social concebido sobre la base de la *solidaridad social*, que beneficie a todos los habitantes del país y que no excluya a quienes por carecer de rentas no puedan incorporarse a él, a pesar de ser, naturalmente, los que más lo necesitan.

Lo anterior nos enfrenta a otra problemática, la del financiamiento del sistema[41]. El Pacto no se pronunció al respecto. No obstante, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 contiene una de las normas más revolucionarias en la materia al disponer que:

> "Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y las circunstancias"[42].

Difícilmente puede encontrarse una disposición semejante en otro texto relativa a los derechos sociales, porque lleva implícita una concepción explosiva en lo relativo a las posibilidades de modificar la estructura económica del Estado a través de políticas distributivas, con la consiguiente oposición que es fácil prever de quienes se sientan afectados en sus intereses. Sin duda, ha sido esta la principal razón a la reticencia que algunos tienen por estos derechos, calificados, incluso, como derechos propios de un sistema socialista, lo cual es infundado si se recuerda que su finalidad es el logro de un nivel de vida digno para toda persona en la sociedad, independientemente del modelo económico de esta, y es la explicación de que más de ciento sesenta naciones del orbe, de las más variadas ideologías, hayan suscrito y ratificado el Pacto Internacional que los consigna.

Otra interrogante: ¿los derechos sociales están establecidos en beneficio de todos los habitantes de un país o solo de aquellos que carecen de un nivel de vida adecuado y, en consecuencia, de dignidad en su existencia?[43].

Sin duda, el Pacto se los concede a todos, incluso, proscribiendo cualquier tipo de discriminación al respecto. Sin embargo, es necesario tener

[40] Véase el art. 10 del Pacto.

[41] El problema del financiamiento de los derechos económicos y sociales es estudiado por Bossuyt (1975), p. 783 y ss.

[42] Véase el art. 35 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre.

[43] Este tópico lo expusimos en una columna publicada por el diario electrónico *El Mostrador* bajo el título: "Derechos Sociales. ¿Qué y cuáles son?".

presente que los segmentos sociales que disfrutan de altas rentas y cuyo nivel de vida es no solo adecuado, sino que muchas veces conspicuo, no requieren ejercitar derechos sociales para acceder a todos los beneficios que ellos procuran. El tema no es menor si, siendo escaso y reducido el financiamiento estatal para hacer realidad los derechos sociales en beneficio de los segmentos pobres de la sociedad, se incluye también entre sus beneficiarios a segmentos acomodados que de suyo ya gozan de los mismos.

Resumiendo, las reflexiones hechas hasta aquí descansan en la idea de que el fin último de los derechos sociales es la *dignidad* humana y el logro de un adecuado nivel de vida, de que constituyen un deber del Estado, y de que es necesario dotarlos de un grado de efectividad, similar a la que tienen los derechos civiles y políticos, construyendo mecanismos para controlar al Estado en su deber de garantizarlos.

¿Son los Derechos Sociales Derechos a la Igualdad o Derechos a un Nivel de Vida Digno?[44].

Partamos señalando que en el debate público que se ha instalado sobre los derechos sociales ha sido extraño que escasamente se los enuncie. En efecto, ¿sabe la ciudadanía *cuáles y qué* son estos derechos? Intentemos una visión didáctica del tema tomando como referencia el tantas veces citado "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" de 1966, suscrito y ratificado a la fecha por más de 160 países, que lista los siguientes:

*Derecho a un nivel de vida digno*, derecho a alimentación, vestuario y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

Derecho al trabajo y condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

Derecho de sindicación y de huelga.

Derecho a la seguridad social.

Protección de la familia, matrimonio, maternidad, infancia y adolescencia.

Derecho a la protección de la salud.

Derecho a la educación y libertad de educación.

Derecho a participar en la vida cultural de la nación.

Derechos relacionados con las ciencias y artes.

El hecho de que más de ciento sesenta países hayan ratificado este Pacto Internacional es clara evidencia de que estos derechos no son privativos de ninguna ideología en particular. Se trata de naciones del más diverso orden que han manifestado su propósito de hacerlos valederos para sus súb-

[44] Las reflexiones contenidas a continuación fueron expuestas en una columna en el diario electrónico *El Mostrador*, antes referido.

ditos, lo cual ha significado un importante hito en la evolución jurídica de los derechos del hombre.

Nuestra perspectiva –basándonos en dicho Pacto y en textos universalmente aceptados– ha sido que el fin último de estos derechos –como de todos los derechos del hombre– es la *dignidad humana* y que en ese carácter han sido reconocidos universalmente por todas las naciones del mundo, con independencia del sistema político y económico que posean. Sin embargo, algunos autores señalan, en cambio, que el fin de estos derechos sería la *igualdad* y que corresponderían a un paradigma de naturaleza socialista, siendo la solución para garantizarlos más política que jurídica. Esta posición ha sido desarrollada particularmente por Fernando Atria[45], profesor de la Universidad de Chile, quien postula que la real consagración de los derechos sociales pasa por un nuevo paradigma social, concebidos estos como derechos de la ciudadanía y no meramente individuales. Centrando su argumentación en el derecho a la educación –y algunas veces a la salud y seguridad social– sostiene que mercado y derechos sociales son incompatibles. Si el mercado se mueve por la variable precios, los derechos sociales han de moverse por la variable igualdad y, consecuentemente, gratuidad[46]. En el mercado se transan bienes económicos, mercaderías, en un libre juego de ofertas y demandas, por tanto, estas mercaderías diferirán en calidad, según los distintos precios a que se vendan. Son bienes económicos, escasos, por definición desiguales, algunos más caros, otros más baratos, unos mejores otros peores. Los derechos sociales no han de ser transados en el mercado, no son bienes económicos, no son mercaderías, han de ser los mismos y gratuitos para todos. El mercado segrega, los derechos sociales igualan. Y para que exista un acceso igualitario deben ser gratuitos. Si los derechos civiles y políticos son de carácter individual y deben protegerse mediante recursos judiciales –que se ejercen individualmente–, los derechos sociales son de naturaleza ciudadana y constituyen un deber del Estado y gratuitos para la comunidad en su conjunto[47].

En concreto, expresa el profesor Atria:

> "al hablar de derechos sociales como el derecho a la educación o a la salud, estamos hablando de formas institucionales de organización de la educación o de protección de la salud que realicen la idea de que el interés que cada uno tiene en recibir educación o prestaciones de salud tiene igual importancia, lo que implica afirmar la igualdad de todos…".

[45] Fernando Atria expresa en su libro *Derechos Sociales y Educación*: "Este libro no pretende entregar una lista precisa de reformas para mejorar lo que hoy existe, sino ilustrar cómo es posible moverse de un paradigma a otro, del mercado hacia los derechos sociales, es decir, del neoliberalismo al socialismo". Atria (2014).

[46] *Op. cit.*, p. 107 y ss.

[47] *Op. cit.*, p. 181 y ss.

Si hubiese que pagar por estos derechos, importantes sectores sociales quedarían marginados o segregados en su goce. De lo que se trata, señala el profesor Atria, es que todos, la ciudadanía, y en condiciones de igualdad, puedan acceder a estos derechos. Para el prof. Atria no es la pobreza sino la desigualdad la razón de ser de estos derechos. Al respecto, apunta: "La educación es, evidentemente, un derecho social, no un bien del mercado". "…no es aceptable comprar educación con dinero privado". Concluye postulando la gratuidad universal de la educación, que, a decir verdad, en 1966, esto es, hace cincuenta años ya había proclamado el Pacto Internacional en sus arts. 13 y 14.

En su citada obra, el profesor Atria formula la tesis, ya anticipada, de que el desafío de los derechos sociales no es de carácter jurídico sino que esencialmente político, razón de su impronta de "moverse de un paradigma a otro, *del mercado hacia los derechos sociales, del neoliberalismo al socialismo"*[48]. Lo curioso de los impecables planteamientos del profesor Atria es que nunca menciona cuáles son todos los derechos sociales, llegando a sostener que "no hay una lista de derechos sociales…"[49], olvidando los enumerados en el Pacto Internacional de 1966. Atria se limita a utilizar la fórmula: "educación, salud, seguridad social, 'etc.'". ¿Pero, qué significa 'etc.'? ¿Qué se incluye a todos los derechos sociales, esto es, a todos los enumerados en el referido Pacto? Este Pacto al único derecho social que saca del mercado, confiriéndole gratuidad universal es al de la educación, pero consagra al mismo tiempo la libertad educacional.

Ahora bien, no está claro si a juicio del profesor Atria –junto al derecho a la educación y al derecho a la protección de la salud– habría que sacar del mercado a todos los demás, esto es, al derecho a la alimentación, a la vivienda, al vestuario, a un nivel de vida adecuado, al trabajo, etc., a todos, y ampararlos en la misma lógica de la igualdad, como derechos ciudadanos y deberes del Estado, de gratuidad universal. Si así fuese, surgirían cruciales interrogantes: por ejemplo, respecto de la alimentación, ¿debería ser igual para todos y de gratuidad universal? Respecto de las vestimentas, ¿deberían ser las mismas para todos y de gratuidad universal? Respecto de las viviendas, ¿deberían ser iguales para todos y de gratuidad universal? Y respecto del derecho al trabajo, ¿cómo se concebiría éste al margen del mercado? ¿Con una remuneración igual para todos?

¿A ello se refiere el profesor Atria cuando señala la necesidad de moverse de un paradigma a otro, concretamente hacia el socialismo? ¿Según su opinión, no serían en consecuencia posibles los derechos sociales en un modelo –no necesariamente neoliberal– sino que de economía mixta, social e incluso solidaria de mercado?

[48] Atria (2014).
[49] Atria *et al.* (2014), p. 215.

Como puede advertirse, tanto las posiciones tradicionales que fundan estos derechos sociales en la idea de la dignidad humana como las que lo hacen en la noción de igualdad ciudadana nos ubican ante complejas interrogantes aún no suficientemente resueltas.

En resumen, puede sostenerse que un gran desafío pendiente para la humanidad es que los derechos sociales, junto con los políticos y civiles, y naturalmente con los denominados de la tercera categoría, que colocan al hombre frente a la naturaleza, la solidaridad y el desarrollo sustentable, se garanticen en una *relación no de tensión, sino que de suma y complementación*, puesto que solo el disfrute conjunto de todos ellos posibilitan alcanzar la dignidad a la persona y convivir armónicamente en una sociedad más justa, libre, igualitaria y equitativa.

Coincidimos que garantizarlos implica una tarea no solo institucional y jurídica, por las hondas transformaciones constitucionales y legales que supone, sino que política, consistente en aunar las mayorías necesarias que permitan la realización de esas transformaciones, al menos, si se trata de llevarlas a cabo por vías democráticas.

Aunar dichas mayorías supone identificar posiciones de encuentro entre todos quienes aspiran hacer realidad estos derechos, a riesgo de que de no lograrlo continúen siendo una quimera pendiente para la humanidad.

## Bibliografía

Ann Dan Rijn, Alphen, "Transnational Corporations and Human Rights", Netherlands, 1979.

Alvarado, Claudio, "Nueva Constitución y Derechos Sociales", *IES*, Santiago, 2014.

Atria, Fernando (2014): *Derechos Sociales y Educación* (Santiago, LOM).

Atria, Fernando *et al.* (2014): *El Otro Modelo* (Santiago, C y C Impresores Ltda.).

Buergenthal, Torney (1978) *Los derechos humanos, una nueva conciencia internacional* (Buenos Aires, Edisar).

Bossuyt, Manuel (1975): "La distinction juridique entre les droits civils and politiques et les droits economics, sociaux and culturelle", en *Human Right Journal Strassburg*, vol. 8: pp. 783-813.

Camargo, Pedro (1975): *Derecho Internacional* (Bogotá, Universidad La Gran Colombia).

Casin, Rene (1974): "El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal", en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Veinte años de evolución de los derechos humanos,* (México, Universidad Nacional Autónoma de México).

Doehring, Karl (1976): *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Frankfurt, Metzner).

Ermacora, Félix (1989): "Ueber die voelkerrechtiche Verantwortichkeit fuer Menschenrechtesverletzungen", en *Humanitatis, Festschitt zum 90 Geburstag von A. Verdross* (Berlin).

Guradze, Heinz (1971): "Die Menschenrechtskonvention der Vereinten Nationen von 16 Dezember 1966", *Goettingen*.

Hervada, Javier (1978): *Textos Internacionales de Derechos Humanos* (Pamplona).

Horner, Franz (1974): *Die soziale Grundrechte* (Salzburg).

Lauterpacht, Herschm (1961): *Tratado de Derecho Internacional Público* (Barcelona).

Mayorga Lorca, Roberto (1990): *Naturaleza Jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Peces-Barba, Gregorio (1976): *Derechos Fundamentales* (Madrid).

Philips, Alston (1979): *"Human rights and basic needs"*, en *Revue de droits de l'homme,* vol. xii.

Ramcharan, BG (1976): "Implementation of the international covenant on economic and social rights", en *Netherland International Law Review,* vol. xxii.

Schambeck, Herbert (1969): *Grundrechten und Sozialordnung* (Berlin)

Tomandl, Theodor (1967):"Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht", en *Tuebingen*.

Vierdag, E.W. (1978): "The legal nature of the rights granted by the international covenant on economic, social and cultural rights", en *Netherlands Yearbook of International Law.*

Zuleeg, Manfred (1974): "Der Internationale Pakt ueber Wirtschaftliche, Soziale and Kulturelle Rechte", en *Recht auf Arbeit, Dez.*

# HUELGA Y UTOPÍA. DE LA REFLEXIÓN POLÍTICA A LA REFLEXIÓN JURÍDICA

# STRIKE AND UTOPIA. FROM POLITICAL REFLECTION TO LEGAL REFLECTION

*Francisco A. Ruay Sáez*[*]

"Es pues deber del soberano velar más por la prosperidad de su pueblo
que por su felicidad personal, como el pastor,
que debe cuidar de su rebaño y no de sí mismo; que para eso es pastor"

*"Utopía"*
Rafael Hitlodeu a Tomás Moro

RESUMEN: En el presente artículo, pretendemos reconocer la relación existente entre los conceptos de huelga y utopía. Para cumplir dicho objetivo, en la primera parte de la investigación esclareceremos la posibilidad de relación entre huelga y utopía desde un punto de vista ideológico político, como instancia prejurídica de análisis. En la segunda parte, analizaremos la posibilidad de reconocimiento de un carácter utópico de la huelga como derecho, y en específico, de la huelga comprendida como un derecho fundamental. Finalmente, analizaremos un fallo reciente pronunciado por la Corte de Apelaciones de Santiago que permitirá desarrollar lo expuesto en un caso concreto.

PALABRAS CLAVE: Huelga - Utopía - Derechos Sociales - Derecho Laboral

ABSTRACT: In this article, the author seeks to recognize the relationship between the concepts of strike and utopia. To carry out this objective, in a first part of the investigation the possibility of a relationship between strike

[*] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster © en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Chile. Ayudante de los departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de Ciencias Penales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: fruay@ug.uchile.cl; fruaysaez@gmail.com; francisco.ruay@ppulegal.com

and utopia will be clarified from a political ideological point of view, as a pre-judicial instance of analysis. In a second moment, we will analyze the possibility of recognition of a utopian character of the strike as a right, and specifically, of the strike understood as a fundamental right. Finally, a recent ruling pronounced by the Court of Appeals of Santiago will be analyzed, which will make it possible to analyze what has been said in a specific case.

Keywords: Strike - Utopia - Social Rights - Labor Law

* * *

## I. Introducción

Resulta atractiva la invitación a reflexionar sobre la relación entre utopía y derechos sociales, pues abre espacios de reflexión que permiten abordar directamente el análisis del sistema de derechos, la noción de derechos subjetivos, y la titularidad de los mismos, de una manera radical. Al mismo tiempo, el análisis de los derechos sociales remite inexcusablemente a un análisis relacionado con su estructura jurídica[1], su configuración estructural en la constitución chilena[2], su justiciabilidad[3], entre otros temas, todos los cuales han nutrido de tinta amplias discusiones doctrinarias[4].

En el entendido de la complejidad y extensión del tema referido al análisis teórico y estructural de los derechos sociales, su vigencia, alcance y eficacia, hemos decidido en la presente investigación restringir el estudio a uno de dichos derechos: al derecho a huelga. Este análisis, en cualquier caso, tiene como línea central el llamado de convocatoria, cuál es su relación con la noción de utopía y el análisis de la medida en que la huelga, en tanto derecho social fundamental, puede ser catalogado de derecho utópico, o en qué dimensiones resultaría valedero efectuar dicha afirmación.

La huelga ha sido comprendida como un derecho social, y dicha categorización no resulta infundada, pues al menos los instrumentos internacio-

[1] Al respecto Nogueira señala: "Los derechos sociales constituyen presupuestos y complementos indivisibles del goce de los derechos individuales, al constituir condiciones materiales que posibilitan un mejor y más efectivo ejercicio de todos de las libertades. Tales derechos sociales no tienen diferencias cualitativas u ortológicas que permitan diferenciarlos de los derechos individuales". Nogueira Alcala (2009), p. 154.

[2] "En cuanto a su estructura, se puede afirmar que en el texto constitucional tiene una fundamentación iusnaturalista (artículos 1°, inciso 1°, 5° inciso 2° y 19 de la Constitución) y consagra los derechos fundamentales, básicamente, como límites al Estado, antes que obligaciones de actuación". Nash (2011), pp. 99-100.

[3] Figueroa (2009).

[4] Al efecto revisar: Atria (2005), pp. 15-59; Gargarella (2005), pp. 61-70; Bernal Pulido (2005), pp. 99-144.

nales vigentes donde se ha consagrado expresamente su validez la subsumen a dicha categoría iusfundamental. Ha sido comprendida bajo el alero de los denominados derechos de segunda generación, en contraposición a los derechos de primera generación, o libertades individuales civiles y políticas, a pesar de que esta distinción hoy parte de la doctrina considere que es más bien pedagógica que científica[5]. Una directriz en torno a su ubicación y naturaleza jurídica podemos encontrarla en la catalogación como derecho social del artículo 8°, número 2°, del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[6].

Sin embargo, en el contexto del estudio del Derecho del Trabajo, la huelga, como derecho fundamental de aquellos denominados específicos[7], adquiere una relevancia particular. La historia de comparecencia de la huelga y los huelguistas ante el Derecho ha variado históricamente, desde la constatación de su prohibición, su ilegalidad, a la legalización y, por último, en el estadio actual, a su calificación como derecho fundamental.

Precisamente la huelga parece esa institución transicional y paradigmática que permite la identificación del paso desde la ilegalidad a la juridicidad de las peticiones obreras. Es ella, en tanto medio, quien ha operado en el inicio de la positivización del Derecho Laboral como fuente material del Derecho, y que en la actualidad sirve de hilo conductor a la expresión más intensa de la negociación colectiva.

La huelga, como figura de lucha insigne, tuvo una relevancia política desde un punto de vista ideológico al menos a inicios del siglo XX en Chile, para que luego de la codificación laboral y la legalización de las organizaciones de obreros, hasta el presente, pase a erigirse como figura difusa y más bien como una indicación que como un contenido, tal vez por la permanente tensión interna que representa su concepción como derecho (a secas), la determinación de su contenido, y la conservación de la paz social, y la seguridad jurídica.

En las siguientes líneas intentaremos esbozar una exposición sobre la relación entre huelga y utopía, diferenciando, para ello, dos momentos que permitirán ilustrar de mejor manera el estado actual de la cuestión. En la

[5] "Si bien debe reconocerse el valor pedagógico e incluso el significado genealógico de esta clasificación, debe advertirse, que ella ha contribuido a una cierta división de los derechos humanos. No obstante, los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos son reconocidos por la doctrina jurídica, así como por el Comité de la ONU para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (1997)". Bonet De Viola (2016), p. 22.

[6] "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país". Ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972. Asimismo, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, de 1948, prevé en su artículo 27 que: "Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio".

[7] Pasco Cosmópolis (2016), p. 13.

segunda parte de esta investigación, desarrollaremos el análisis de una sentencia emblemática dictada por nuestros tribunales superiores de justicia en el último tiempo, que permitirá identificar algunas dificultades que se generan en torno a la comprensión de la huelga como un derecho fundamental.

## II. Huelga política y utopía

Previo a la juridificación del concepto de huelga y a la legalización de las organizaciones obreras, la huelga se presentaba como una herramienta de lucha radical utilizada para forzar la acogida de sus peticiones ante los patrones, y, en ese contexto, se alzaba como un medio violento por excelencia[8]. La huelga se erigía como medio de fuerza al momento de intentar imponer alguna postura ante el patrón o, bien, al momento de negociar mejoras salariales, de condiciones de vida o higiénicas.

Así, la huelga aparece eminentemente como un medio de lucha por parte de quienes, a inicios de siglo, abrazaban de modo mayoritario las ideas socialistas y anarquistas. De entre estos, una consideración y atención especial presentaba la huelga como medio de lucha para los anarquistas. Si bien la huelga, junto al sabotaje, por ejemplo, eran formas de ejecutar la denominada *acción directa*[9] anarquista, existía una forma superior de su ejecución, que implicaba como evento el inicio de una nueva época. Se trata de la denominada huelga general. A su vez, dicha primera noción soporta una nueva subdistinción, que permitirá diferenciar la *huelga general política* de la *huelga general revolucionaria*. La primera tendría como finalidad la instauración de un nuevo orden jurídico, la segunda tendría como objetivo dar inicio a una nueva era, en que de manera generalizada se pondrá fin al Estado y las formas de organización moderna[10].

Si bien la corriente anarquista fue quien llegó al paroxismo de la comprensión de la huelga como evento revolucionario trascendental, cuya violencia representaría una violencia de orden mítico[11], diversa de la violencia conservadora que tiene como finalidad el mero sostenimiento del orden jurídico y su conservación, valga la redundancia, el marxismo no fue menos, y a través del pensamiento de Rosa Luxemburgo, enalteció la huelga de masas

[8] En relación con las huelgas, protestas y manifestaciones violentas de fines del siglo XIX e inicios del siglo XX véase Covarrubias Bañados (2013); Deshazo (2007); Deves (1989); Grez Toso (2004).

[9] Goicovic (——)

[10] Este término es utilizado por Georges Sorel en *Reflexiones sobre la violencia*, precisamente porque le permite distinguir de modo analítico la huelga general política de la huelga general revolucionaria. Sorel (1973).

[11] Benjamin (1991), p. 23 y ss.

equiparando su acontecimiento al evento mismo de la revolución[12] tras el análisis de lo ocurrido en Rusia en 1905.

En este orden de ideas, la huelga es el evento paradigmático que sirve como eje transicional a un nuevo estado de cosas. Desde las perspectivas ideológico políticas socialistas, marxistas y anarquistas, la huelga, en primer lugar, es un medio de lucha en la negociación directa con el patrón; sin embargo, en un segundo nivel de análisis, la huelga general representa el momento épico en el que se abre la posibilidad a la utopía, pensada como una forma de realización social distinta a aquella en la que se vive. La huelga general, identificada con el momento de la revolución, permite pensar la meta para la cual ella es servil como un otro lugar; idílico, preconcebido desde la sociedad contemporánea, a una época posterior a la revolución, que responde, en todo caso, a una preconcepción de ese mundo nuevo. Por lo mismo, el evento de la huelga general revolucionaria permite el salto desde un mundo conocido, pero el cual se rechaza, hacia un mundo de otro tipo, completamente distinto, pero respecto del cual se tiene una idea preconcebida, en torno a las relaciones sociales, las relaciones producción y las instituciones centrales que la regirían.

En el sentido antes expuesto, en un orden eminentemente político, la relación entre huelga y utopía se transforma en una relación *medio-fin*. La huelga general como evento revolucionario es la llave transicional a la Utopía.

Dicha comprensión política que imbricaba la idea de huelga con la utopía transitó hacia su retirada, volviendo a la intuición original de huelga como medio de negociación; como medio de fuerza o, incluso, como *guerra de guerrillas*[13].

La institucionalización de las relaciones laborales y la creación de un estatuto especial en materia laboral permiten que el sistema jurídico internalice la huelga como institución laboral, y con ello, el carácter violento originario de la huelga hace ingreso al mundo jurídico, instalando, por tanto, en las relaciones jurídicas laborales colectivas una tensión que se mantendrá irresoluta hasta nuestros días.

La huelga retrocedió de su sitial político ideológico, y se integró al sistema jurídico con el carácter de derecho, siendo considerado actualmente como un derecho fundamental.

---

[12] Luxemburgo (2003).

[13] A propósito de las tácticas adoptadas por los sindicatos ingleses en la época de Marx este expresaba: "Las tradeuniones trabajan bien como centros de resistencia contra las usurpaciones del capital. Fracasan, en algunos casos, por usar poco inteligentemente su fuerza. Pero, en general, fracasan por limitarse a una guerra de guerrillas contra los efectos del sistema existente, en vez de esforzarse, al mismo tiempo, por cambiarlo, en vez de emplear sus fuerzas organizadas como palanca para la emancipación final de la clase obrera; es decir, para la abolición definitiva del sistema del trabajo asalariado". Marx (1865), p. 82.

## III. La huelga jurídica y la utopía

Al entrar la huelga al sistema jurídico como una institución propia del Derecho Laboral colectivo, se hace preciso formular la pregunta sobre su posible relación con la noción de utopía. La huelga ha sido actualmente reconocida por la doctrina como un derecho fundamental, sin perjuicio de no existir elementos textuales y gramaticales que posibiliten fundamentar la vigencia del derecho a huelga como un derecho fundamental[14]. Luego cabe preguntarse: el hecho de que la huelga sea consagrada como un derecho fundamental, ¿ya no representa una utopía realizada? Sin embargo, antes de siquiera aproximarse a contestar dicha pregunta hay que hacer una aclaración: ¿qué huelga es aquella que se ha legalizado, o iusfundamentalizado? La respuesta a dicha pregunta es la que otorgará luces sobre una segunda dimensión utópica del derecho a huelga, ahora en materia jurídica, y que se encuentra relacionada con su estructura interna, su legitimación y su contenido.

En primer lugar, es posible al menos señalar que, si bien la huelga ha encontrado su lugar en las normas de mayor jerarquía en nuestro orden jurídico, a través de una interpretación deudora de la teoría de los derechos implícitos o la vigencia directa de los tratados internacionales[15], ni siquiera la doctrina es conteste en determinar la estructura de un derecho social. Sin embargo, el legislador ha otorgado herramientas en este sentido al establecer en relación con la huelga que se trata de un derecho laboral individual cuyo ejercicio es colectivo[16]. En el mismo sentido se ha pronunciado también el profesor Lizama al señalar:

> "la huelga puede ser definida como un derecho individual de ejercicio colectivo, que consiste en la paralización temporal, colectiva y concertada del trabajo, como una medida de presión al empleador, en un procedimiento reglado y forzoso de negociación colectiva"[17].

[14] Al menos, actualmente sí es reconocido como un derecho, aunque no se hace referencia alguna a su contenido: *Art. 345. Derecho a huelga***.** La huelga es un derecho que debe ser ejercido de manera colectiva por los trabajadores. Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga. 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. La infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave, la que habilitará a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes. En el caso de negativa del empleador para retirar a los reemplazantes, la Inspección del Trabajo deberá denunciar al empleador al Juzgado de Letras del Trabajo conforme a las normas establecidas en el artículo 485 y ss., con excepción de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 486. El sindicato podrá iniciar esta acción o hacerse parte de la denuncia presentada por la Inspección del Trabajo. El Tribunal, revisados los antecedentes de la denuncia, ordenará al empleador el retiro inmediato de los reemplazantes en la primera resolución, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 492.

[15] Al respecto, revisar: Gamonal Contreras (2013).

[16] "La huelga es un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores".

[17] Lizama Portal (2016), p. 136 .

Aquello es coherente con lo señalado por Salazar Pizarro, en cuanto

> "un sindicato que negocia colectivamente, un grupo de apoderados que reclaman por la mala calidad de la educación en un colegio en el que estudian sus hijos, o un grupo de personas enfermas de VIH que solicitan medicamentos para continuar con su tratamiento, no demandan pensando en el interés general abstracto de la sociedad, o del grupo particular en que se encuentran por la situación de necesidad que experimentan, sino en su propio beneficio, ya que los derechos sociales ofrecen cobertura a intereses específicos y determinados de los individuos afectados"[18].

En este contexto, el carácter utópico del derecho a huelga se encuentra en el seno de su estructura y lo indeterminado de su contenido. Sin perjuicio de la multiplicidad de expresiones que pueden vincularse a la noción de huelga (huelga de brazos caídos, huelga violenta, huelga de sobreproducción, huelga de ralentización, etc.), un elemento en común tienen todas dichas nociones de huelga: su núcleo esencial consiste, de manera activa, en la restricción de otro derecho fundamental: el derecho de propiedad del empleador.

La huelga, en tanto derecho social, difiere de los restantes, por especificidad, al menos en lo siguiente:

a) Si bien el Estado asegura su resguardo y protección indirecta, quién resulta ser el obligado pasivo es otro particular determinado: el empleador.
b) Por definición, el concepto nuclear del derecho a huelga implica la vulneración del derecho de propiedad del empleador.
c) La instancia de judicialización de los conflictos en torno al derecho a huelga se encuentra contemplada en la ley, en el contexto de un proceso de negociación colectiva.

Ahora bien, ¿en qué sentido, entonces, puede la huelga relacionarse con la noción de utopía? A diferencia de los demás derechos sociales, como la educación, el ambiente, por ejemplo, el derecho a huelga no tendría mayores problemas para obtener su realización y eficacia concreta, pues encuentra un sujeto pasivo identificado en la legislación laboral, y un procedimiento que aseguraría su eficacia específica. Sin embargo, dicha constatación normativa continúa siendo insuficiente. ¿Qué huelga es la que se encuentra cubierta legítimamente por nuestro ordenamiento jurídico? ¿En qué contexto puede ejercerse la huelga e invocarse como derecho? Con solo formular dichas preguntas asoma el carácter utópico de la huelga en sede jurídica. Considerar que la huelga no es una utopía implicaría, por antonomasia, que la huelga es efectiva, realizable y concreta y que el acto mismo

[18] Salazar Pizarro (2013), p. 86.

de la huelga se realiza eficazmente en el presente, y no está suspendido a la espera de su concreción futura.

Sin embargo, el problema de la determinación del concepto de huelga, su carácter pacífico o violento, y su eficacia real arrastran una tensión irreconciliable originaria, que se relaciona con los avatares iniciales históricos y extrajurídicos de la huelga como herramienta de lucha del movimiento obrero.

Mientras la huelga conserve en su interior una comprensión violenta de su eficacia, y violentadora en su práctica respecto del empleador, su realización siempre será una utopía. El Derecho no puede amparar un ejercicio de violencia tal en su interior, pues representa su desequilibrio completo del orden jurídico, y las bases del sistema, en tanto la apertura a la violencia en este ámbito significa también la posibilidad de desaparición del ordenamiento jurídico por entero.

La huelga puede ser comprendida en una dimensión no utópica mientras conserve su carácter de instrumento de negociación y se decida, de manera certera, cuál es su contenido. Si se continúa comprendiendo de manera indeterminada, y refiriendo solo de manera vaga a que corresponde a una alteración o perturbación en la cadena productiva, el contenido que le dará cada grupo de trabajadores que la invoque, en el caso concreto, determinará su carácter utópico. Así, más allá de lo que los trabajadores ideen como forma de eficacia del derecho a huelga, si se declara judicialmente que una determinada huelga es antijurídica, esto puede ser porque:

a) El juez tiene una preconcepción de la huelga que involucra una serie determinada de actos, respecto de los cuales el caso concreto ha quedado fuera. Por tanto, en el caso concreto llanamente no se ha ejercido el derecho a huelga, sino más bien se ha desplegado una conducta ilícita.

   Así, por ejemplo, para el caso de un grupo de trabajadores que decida cerrar los ingresos a una determinada faena, o la destrucción de determinados bienes propios de cargos gerenciales de la empresa. El juez en tales casos podría bien estimar que en ningún sentido dichas conductas encuentran cobertura en el derecho a huelga.

b) El juez considera que los actos sometidos a análisis son parte del ejercicio a huelga, pero ha sido ejercido de forma desproporcionada.

   En este caso el juez podría señalar que la conducta sometida a análisis, por regla general, encuentra cobertura en el derecho a huelga, sin embargo, en el caso concreto la ha perdido por significar una actuación desproporcionada.

   Por ejemplo, para el caso de la formación de un determinado piquete a la entrada de alguna sucursal del empleador que sea regada abundantemente con comida en descomposición, siendo ésta arrojada también a otros compañeros o a la propia clientela. El juez podría evaluar que la huelga comprende parcialmente el ejercicio de un

tipo de conductas de dicha clase, sin embargo para el caso particular resultaría desproporcionado.

c) El juez, analizando la ley, resuelve que la huelga no ha cumplido con las exigencias normativas suficientes.

En este caso, al ser el derecho a huelga un derecho fundamental que se ha de ejercer en conformidad a lo que señala la ley, al juez le puede bastar con la lectura de ésta para determinar la juridicidad de su ejercicio.

Por ejemplo, en el caso de que se haya invocado el derecho a huelga fuera de un proceso de negociación colectiva reglada, o sin que se hubiesen efectuados las votaciones respectivas con las formalidades establecidas en la ley.

Llegado este punto resulta posible, una vez más, elevar teóricamente la discusión: ¿La huelga antijurídica es huelga? Aquello implicaría que la huelga al no tener un contenido determinado legalmente (jurídicamente, en un sentido amplio) persiste portando un contenido prejurídico, y de carácter político, o decididamente habría que señalar que es portadora de un fundamento iusnaturalista que le otorga su legitimidad previo a su consagración en el Derecho Positivo. Solo de esa forma es posible sostener que no se respeta el derecho a huelga y, por ejemplo, apuntar a que el Estado de derecho, ha convertido a la huelga en una utopía.

## IV. Sobre la huelga en Chile

En nuestro sistema jurídico, tal como en cualquier otro, sea heredero de la tradición continental o del *Common Law*, el Estado de derecho solo ha considerado de manera excepcional la posibilidad de que los privados ejerzan legítimamente la autotutela[19] como forma de solución de conflictos intersubjetivos (más bien, le ha dado cabida a dicha figura como expresión de una causal de justificación relacionada con determinados estados de necesidad). Precisamente, resulta un distingo propio del Derecho, en tanto institución abstracta coercitiva que regula las relaciones humanas intersubjetivas, la consagración del monopolio en el uso de la violencia, concentrada en el Estado. En principio, la lógica fundacional del Estado de derecho se sostiene fundamentalmente en la pretensión de monopolio del uso de la fuerza, y de la violencia, en general, con la finalidad de abstraer y proscribir su uso a los particulares en la solución directa de conflictos intersubjetivos para, de manera simultánea, otorgar una garantía mínima de no interferencia ajena a cada uno de los miembros de la comunidad jurídica, sin que la fuerza o

[19] Colombo Campbell (1991), p. 11.

la violencia sirvan ni sean reconocidos como un mecanismos legítimos de imposición de intereses de unos sobre otros en un ámbito de relaciones jurídicas horizontales. Por lo mismo, la función jurisdiccional del Estado no solo ha sido concebida como un *poder* o potestad, sino a la vez como un *deber*[20]. Así, el proceso judicial, pero aún más en general, el Estado de derecho, se alza como la figura institucionalizada que garantiza la existencia de una instancia heterocompositiva de conflictos intersubjetivos de relevancia jurídica, comprometiéndose, por un lado, a resolver de manera definitiva el conflicto específico y particular entre dos sujetos de derecho y, por otro, a mantener la paz social y la seguridad jurídica[21]. De esta forma, le corresponde al Estado también intervenir precaviendo o reaccionando ante actuaciones que no cuentan con una cobertura jurídica que legitime a los titulares respectivos para su ejecución, y que llegasen a limitar o lesionar indebidamente derechos subjetivos o libertades de otros particulares.

La legislación de naturaleza laboral (tanto la nacional como la foránea, cada cual con sus particularidades históricas propias) encuentra en sus cimientos fundacionales un antecedente fáctico proveniente de la organización de los sujetos particulares que lo constituyen a través de los denominados *movimientos sociales*, el movimiento obrero o colectivos de trabajadores, los cuales, desde el margen del Derecho y la institucionalidad vigente a fines del siglo XIX, provocaron una reacción formal de parte del Estado[22] que pretendió hacerse cargo de la llamada *cuestión social*[23], como señalamos en la primera parte de esta investigación. El Estado de derecho, por cierto, reacciona, a fin de término, no declarando de modo sistemático las peticiones y acciones desplegadas por los trabajadores en cuestión[24] como un no-derecho, o un actuar decididamente extrajurídico, sino que, más bien, opta por codificar e incorporar al lenguaje del Derecho y, por cierto, a la legislación positiva, toda una regulación especial del fenómeno social que se le presen-

[20] Couture (1978), p. 30.

[21] Maturana y Mosquera (2010), p. 17.

[22] "el derecho del trabajo es una categoría cultural, fruto del sistema capitalista industrial, que no constituye la respuesta normativa al conflicto de trabajo en general, sino que es la reacción ante el conflicto que se produce entre el capital y el trabajo asalariado en la sociedad capitalista industrial, entendido como el motor de todas sus contradicciones, o sea, de un conflicto central o paradigmático". Lizama (2011), p. 110.

[23] "la totalidad de [...] consecuencias sociales, laborales e ideológicas de la industrialización y urbanización nacientes: una nueva forma dependiente del sistema de salarios, la aparición de problemas cada vez más complejos pertinentes a vivienda obrera, atención médica y salubridad; la constitución de organizaciones destinadas a defender los intereses del nuevo 'proletariado'; huelgas y demostraciones callejeras, tal vez choques armados entre los trabajadores y la policía o los militares, y cierta popularidad de las ideas extremistas, con una consiguiente influencia sobre los dirigentes de los amonestados trabajadores" Grez Toso (1995), p. 7.

[24] Toledo Corsi, (2013), p. 274 y ss.

ta, de lo que surge aquello que hasta hoy se denomina *relaciones laborales* y Derecho del Trabajo. El fenómeno socioeconómico y, en apariencia, extrajurídico, cimentado por las peticiones de los trabajadores contrariando la legislación vigente de aquel entonces, es traducido al lenguaje del Derecho (y los derechos[25]), lo que produce naturalmente que el Estado pasa a ser su administrador y garante.

Sin duda con el transcurso del tiempo la legislación positiva nacional ha tenido que ampliar sus horizontes (nomogenéticos y de aplicación normativa) y fundantes, de actuación y de legitimación, más allá de las fronteras nacionales, atendiendo e integrando lo prescrito por diversas organizaciones internacionales de las cuales el país es miembro, así como de los instrumentos internacionales que han sido suscritos de forma legítima por Chile. Dicha vinculación jurídica de los sistemas internos con las organizaciones y prescripciones de origen supranacional han sido vinculadas tradicionalmente y, de manera más evidente, con el respeto a los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos pertinentes[26], que han irrumpido no solo en la cultura jurídica interna sino que, también, en el discurso público político y ciudadano, que traduce sus pretensiones e intereses a un discurso legitimado por la retórica del Derecho.

En ese contexto, en nuestro país se ha contemplado, en la norma de mayor jerarquía jurídica, la consagración positiva y garantía del derecho fundamental a la libertad sindical (artículo 19 Nº 19 de la Constitución Política de la República). La libertad sindical puede ser abordada en relación con su titularidad, al menos, a través de dos ejes de análisis: sobre la titularidad individual que posee cada trabajador en relación con dicho derecho fundamental o, bien, sobre la titularidad colectiva que en un ámbito dinámico de actuación poseería la organización sindical correspondiente; mientras que, por otro lado, puede ser analizada, desde el punto de vista de actuación en faz positiva o pasiva, como derecho a asociarse y formar una organización sindical, del que son titulares los trabajadores individualmente o, bien, desde un punto de vista de libertad negativa, el derecho, precisamente, a no asociarse a organización sindical alguna, por el mero arbitrio y ejercicio de libertad soberana individual del que es titular cada trabajador como sujeto de derecho particular libre.

Sin embargo, desde otro punto de vista, y ahora combinando la titularidad colectiva de la libertad sindical con las formas de actuación dinámica que tiene el sindicato (como persona jurídica, y entidad representativa de los trabajadores, pero diversa de estos), este puede legítimamente definir de manera autónoma su forma de regulación (creación de estatutos en virtud

[25] Glendon (1998), p. 77 y ss.

[26] Para una revisión crítica de las competencias de la Comisión de Estudios y Aplicación de Convenios y recomendaciones de la OIT revisar: Ruay Sáez (2017), pp. 457-490.

de autonomía normativa), iniciar un proceso de negociación colectiva, y, por supuesto, llevar a cabo una huelga.

La huelga, a pesar de estar tradicionalmente vinculada a la libertad sindical, se presenta como una situación de excepción en el contexto de un Estado de derecho, porque, precisamente, se trata de un mecanismo autotutelar a través del cual una de las partes (los trabajadores organizados en el sindicato) pretende imponer una posición de interés a la contraria (el empleador), de manera coactiva, suspendiendo los efectos del contrato de trabajo suscrito por cada uno de los trabajadores miembros del sindicato y el empleador y, precisamente por ello, dejar de prestar servicios para el mismo[27], esto es, suspender el cumplimiento de la obligación principal del contrato de trabajo.

La indeterminación esencial que porta el concepto de 'huelga' ha dado pie a las más diversas conceptualizaciones jurídicas sobre su contenido, entre las cuales podemos encontrar, al menos en doctrina nacional, fórmulas que la tratan como: "una abstención colectiva de trabajo"[28]; "una manifestación esencial de la libertad sindical"[29]; "la abstención en el cumplimiento de la obligación de trabajar, derivada de una situación de conflicto"[30];

> "el abandono o cesación temporal y colectiva del trabajo, acordado por parte de los asalariados, ya sea por causas económicas, de mejoramiento de las condiciones de trabajo, por solidaridad o por causas políticas, y que persigue como finalidad obtener de sus patrones o empleadores en los tres primeros casos, la alteración del contrato de trabajo, la modificación de las condiciones materiales en que la labor se desarrolla, el mantenimiento de determinados obreros o empleados o el respeto de los derechos que las leyes les otorgan, respectivamente, o bien, en el último caso el cambio del régimen económico y social existente o la transformación del Estado"[31]; "uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales";

como se señala en el informe anual de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales[32]; "un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajado-

[27] Una amplia discusión puede enarbolarse en torno a la precisión analítica del concepto de huelga, y así esclarecer cuáles serán los alcances de la utilización de dicha acepción. ¿Refiere también a huelgas de brazos caídos, a huelgas de sobreproducción? Parece que el adjetivo que en este caso permite desarrollar una clasificación, o enunciación de tipos o clases de huelga, esconde tras de sí una noción fundamental común, cual, la alteración del proceso productivo. Sin embargo dicha expresión parece también aún muy amplia.

[28] Gamonal Contreras (2011), p. 369.

[29] Ugarte Cataldo y Caamaño Rojo (2008), p. 79.

[30] Tapia (2005), p. 73.

[31] Gaete Berríos (1949), p. 407.

[32] Universidad Diego Portales (2014), p. 68.

res y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales" o "uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales", como ha señalado el Comité de Libertad Sindical de la OIT[33]. Otros autores como César Toledo simplemente no otorgan una definición analítica del concepto, sino que, más bien, desarrollan su desenvolvimiento dinámico en el Ordenamiento Jurídico[34] (lo mismo, en gran medida, Caamaño y Ugarte)[35].

La huelga se presenta, por tanto, ante todo como *medio* de actuación en la prosecución de un determinado fin que le es externo. En principio, la huelga no tendría un valor por sí misma (como la dignidad humana, la vida, la salud, por ejemplo), sino solo en cuanto sirve de *medio* de fuerza o coacción para la obtención de un objetivo predefinido, a través de la subyugación de la contraria.

Como señalamos en líneas anteriores, la huelga ha transitado desde la ilegalidad absoluta, a ser considerada como un derecho[36], para arribar en una última etapa, ser considerada actualmente como un derecho fundamental. En razón de aquello, el análisis de la actuación de los trabajadores en ciertos ámbitos que parecen bordear la antijuridicidad ha de considerar el carácter iusfundamental de la huelga, a fin de resolver si dichas acciones, particulares o colectivas, quedan cubiertas por el derecho fundamental respectivo, o si, por el contrario, la actuación en concreto se aparta de la juridicidad requerida y ha de ser sancionada en conformidad a la ley, declarándola ilegítima.

Ante la indeterminación doctrinaria y positiva del concepto de huelga resulta de utilidad acercarnos a los criterios jurisprudenciales que se han tenido a vista al momento de delimitar el contenido y alcance del derecho a huelga. Para ello analizaremos una sentencia ejemplar.

## V. Análisis lógico del razonamiento jurídico aplicado por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol N° 1144-2015

La jurisprudencia mayoritaria, hasta la dictación de la sentencia que comentaremos, no se había pronunciado expresamente sobre la posibilidad de invocar a la huelga como un derecho fundamental que otorgaba cobertura jurídica fuera de las hipótesis propias del procedimiento de negociación colectiva y, por ende, en general, se sostenía que solo era procedente en los casos de negociación colectiva reglada, y sujeta a determinadas formalidades para su

[33] OIT (2006), p. 115.

[34] Toledo Corsi (2013), p. 274.

[35] Ugarte Cataldo y Caamaño Rojo (2008), p. 81 y ss.

[36] Derecho individual, de ejercicio subjetivo, podrían señalar alguno, aunque la imprecisión e indeterminación del concepto nos impide emitir un pronunciamiento claro y específico sobre el tema.

inicio, término y desarrollo (votaciones, participación de ministro de fe, anticipación de convocatoria a votación, rechazo de la última oferta, etcétera).

La sentencia que revisaremos críticamente[37] se pronuncia sobre lo último que hemos expuesto y sobre la entidad que la naturaleza de derecho fundamental le otorga a la huelga para fines normativos. Se refiere a la particularidad de que la huelga tenga la naturaleza de un derecho fundamental, a su alcance, y las formas legítimas de actuación que quedan cubiertas por la respectiva preceptiva iusfundamental.

### *1. Breve exposición de los hechos*

El empleador de una empresa contratista (Actionline Chile S.A.) de otra principal que presta servicios de telefonía en el ámbito nacional (Claro S.A.) demanda solicitando la autorización para proceder al despido de los trabajadores dirigentes del sindicato de la contratista, señores Yutronic y Carmona, por cuanto se encuentran amparados por fuero sindical, fundando dicha petición en que los trabajadores habrían incurrido en una serie de hechos que configuran las causales de caducidad del contrato de trabajo establecidas en artículo 160 del *Código del Trabajo*, en su numerales 5 y 7, esto es:

> "actos, omisiones o imprudencias temerarias que afectan la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, o la seguridad o a la actividad de los trabajadores o a la salud de estos";

e "incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo", indicando como hechos configurativos de las mismas una serie de acontecimientos que se vivieron en dependencias de la empresa demandada el día 22 de mayo y días posteriores, los que, en definitiva, trajeron, como consecuencia, según arguye, un perjuicio inevitable no solo para la empresa sino para más de ciento treinta trabajadores dependientes de esta, en atención a que, a raíz del actuar de los demandados, la Empresa Claro Chile, con la cual mantenían un contrato de índole civil, puso término al citado contrato, lo que trajo como consecuencia la desvinculación de más de ciento treinta trabajadores por necesidades de la empresa desde el mes mayo de 2014 en adelante.

En particular, la acción de las personas signadas consiste en haber incitado el inicio de una huelga de *brazos caídos*[38] de trabajadores de la contratista que no se encontraban en un proceso de negociación colectiva, en

[37] Previamente hemos desarrollado un análisis general relacionado con el contenido de la sentencia en: Ruay Saez (2017), pp. 331-343.

[38] Se trata de una forma de derecho a huelga que ha superado el tradicional bloqueo de instalaciones y ausencia al lugar de trabajo y que desarrolla su ejercicio con asistencia al lugar y puesto de trabajo, sin desarrollar las labores convenidas. Véase al respecto: Alfie (2012), pp. 3-33.

búsqueda de presionar a la empleadora, y a la empresa principal, a que se realizara un recalculo de remuneraciones variables de determinados trabajadores y un supuesto pago inferior de horas extraordinarias.

El mismo día 22 de mayo de 2014 se paralizaron las actividades de los trabajadores de Actionline, deteniendo los servicios de atención al cliente (*canales remotos*) en el transcurso de la tarde al activar en los sistemas computacionales el estado de *baño*, *auxiliar* o *retroalimentación*.

### *2. Sentencia definitiva del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago*

Luego de realizar una exposición completa de las pruebas que fueron incorporadas en la audiencia de juicio, el tribunal sostiene que la ley, concretizando el derecho a huelga de los trabajadores, regula su procedencia legítima y la circunscribe solo a un proceso de negociación colectiva reglada[39]. Hasta aquí nada nuevo. En ese sentido, el ámbito de protección o de activación del derecho a huelga vinculado directamente con la libertad sindical consagrado en la Constitución e instrumentos internacionales, se encuentra mediado y determinado en su aplicación concreta a lo que la ley dispone en concreto[40].

Haciéndose cargo de lo que ya hemos expuesto, el tribunal señala en lo pertinente:

> "Que en ese orden de ideas cree este Tribunal que es importante e ilustrativo en esta sentencia hacer alusión a la situación de que *el legislador establece la posibilidad en marco del derecho a la libertad sindical de los trabajadores de paralizar sus funciones, cual es el caso del derecho a huelga, así las cosas debemos entender por concepto de 'huelga' que es el derecho inherente a cualquier paralización* y lo que reza el artículo 377 del Código del Trabajo, aplicable en la especie expone en términos categóricos e imperativos; 'Durante la huelga o el cierre temporal o lock-out se entenderá suspendido el contrato de trabajo, respecto de los trabajadores y del empleador que se encuentren involucrados o a quienes afecte, en su caso. En consecuencia, los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios ni el empleador al pago de sus remuneraciones, beneficios y regalías derivadas de dicho contrato'.
>
> Que así las cosas, siendo el contrato de trabajo la convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar

[39] Thayer A. y Novoa Fuenzalida (2011), p. 51 y ss.

[40] En efecto, el único texto normativo de fuente internacional que refiere a la huelga como un derecho lo sujeta a lo que disponga la ley de cada Estado, resultando que es una norma autoejecutable: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 8° que dispone: Artículo 8, 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

servicios personales bajo del primero, y aquél a pagar por estos conceptos una remuneración determinada; los trabajadores quedan eximidos de la obligación de trabajar para el empresario y en consecuencia, liberados del gravamen de la subordinación y de la dependencia. Por su parte, el empresario queda eximido de la obligación de pagar remuneraciones e impedido de ejercer las potestades empresariales.

Que, si bien esta sentenciadora es de la idea que dentro de las potestades empresariales está la de organizar y dirigir el trabajo, la de controlar y vigilar el fiel cumplimiento del trabajo y la disciplinaria que autoriza al empresario a adoptar decisiones sancionadores de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad y que es la que el empresario ejercita cuando despide a un trabajador sin perjuicio del derecho de éste, de solicitar la revisión judicial. El *inciso segundo del citado artículo 377 del Código del Trabajo disipa toda duda acerca de la calidad de esta suspensión del contrato que es de índole absoluta*; como lo es la suspensión del plazo de prescripción o la suspensión del procedimiento.

Que en ese orden de ideas *esta sentenciadora es de la idea que los trabajadores se encuentran absolutamente amparados para paralizar sus funciones esta dado únicamente por el derecho a la huelga, cuyo no es el caso de autos"*[41].

Tras dicha aproximación inicial, en lo referido a los alcances de la suspensión del contrato de trabajo y paralización de faenas productivas, en el contexto del legítimo ejercicio de la libertad sindical, y el ejercicio del derecho a huelga, señala lo siguiente:

"(...) esta sentenciadora arriba a la convicción que lo que en la especie existió por parte de los dirigentes jamás fue una intención real de solucionar el conflicto, lo que habría quedado demostrado con solo acompañar documentos que dieran fe de haber requerido la intervención de la entidad administrativa para el cobro de las prestaciones laborales que aludían o incluso demandas judiciales con dicho fin lo que en la especie no aconteció (...).

(...) si bien el fuero es una prerrogativa que protege a los trabajadores cuya situación es más vulnerable frente a las potestades del empleador, prerrogativa que consiste en su inamovilidad que impide el despido en el período de tal protección. Y en el caso específico, el fuero sindical es una de las más importantes formas de tutelar la libertad sindical, toda vez que la protección que se intenta por medio del fuero es posibilitar la absoluta libertad de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos sin-

[41] Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-2405-2014, sentencia de 7 de Julio de 2014, considerando 7°.

> dicales, frente a cualquier represalia por parte del empleador, en especial el despido, tutela que debe comprender a todos los actos o actuaciones que causen algún tipo de perjuicio a dicha actividad, permitiendo la mantención y vigencia efectiva del contrato de trabajo del aforado, no es menos cierto que dicho derecho, no es un derecho absoluto, que en el caso de marras los demandados con su accionar a juicio de esta sentenciadora jamás midieron las consecuencias nefastas de su actuar, ni menos se pusieron en el escenario que con su actuar en vez de prestar un apoyo a sus compañeros sólo lograban generar un perjuicio mayor"[42].

El tribunal, en su argumentación jurídica, circunscribe el derecho a huelga a un proceso de negociación colectiva, vinculado, además, de manera directa, con el ejercicio legítimo de la libertad sindical, no ampliándolo como un mecanismo de autotutela de acción inmediata no condicionada, tal como se desprende de la referencia que se hace a la nula activación de actuaciones administrativas, cuando debió haberse seguido tal medio idóneo para la reclamación de las supuestas prestaciones adeudadas.

La sentenciadora, implícitamente, vincula de manera necesaria la huelga y el proceso de negociación colectiva. Así señala:

> "los trabajadores se encuentran absolutamente amparados para paralizar sus funciones esta dado (sic) únicamente por el derecho a la huelga, cuyo no es el caso de autos".

De esta manera, circunscribe la huelga a un contexto de negociación colectiva y, a su vez, le identifica como una dimensión de la libertad sindical, pero determina su presencia solo al interior de un proceso de negociación colectiva. Aquello parece contradictorio con la aseveración previa, incluida en el mismo considerando que señala: "debemos entender por concepto de 'huelga' que es el derecho inherente a cualquier paralización". Sin embargo, acto seguido añade a la anterior comprensión amplia, una referencia normativa necesaria, al señalar que debe comprender se también "lo que reza el artículo 377 del Código del Trabajo, aplicable en la especie". La huelga no sería cualquier alteración del proceso productivo, ni paralización, sino tan solo aquella que sujete su realización a lo señalado por la legislación nacional.

### *3. Recurso de nulidad.*
### *Corte de Apelaciones de Santiago*

En contra de la sentencia condenatoria, los demandados interponen recurso de nulidad en el artículo 477 del C*ódigo del Trabajo*, por infracción de ley, en

[42] Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit O-2405-2014, sentencia de 7 de julio de 2014, considerandos 9° y 11°

relación con los numerales 16 y 19 del artículo 19 de la Constitución, y, además, a los convenios 87 y 98 de la OIT sobre libertad sindical y la protección del derecho a la sindicación y negociación colectiva, sobre la base de que la libertad sindical debe ser entendida como un derecho de carácter complejo, donde confluirían dos dimensiones: autonomía organizativa y derecho a la actividad sindical. Agrega que el tribunal aplica restrictivamente el derecho a la huelga o paralización de actividades, hecho por miembros del sindicato con ocasión de adeudársele remuneraciones a un número importante de trabajadores, limitando la acción sindical solo al proceso de negociación colectiva reglada.

Agrega el recurrente, además, que las acciones discutidas en los autos se encuentran amparadas por el derecho a emprender acciones en defensa de sus asociados, esto es, ejerciendo el derecho a huelga o autonomía conflictual, que no sería desproporcionada en la exigencia de pago de remuneraciones adeudadas.

El tribunal *a quo* dio por sentado en el motivo octavo, como un hecho de la causa, que el día 22 de mayo de 2014, los dirigentes demandados incurrieron en movilizaciones que trajeron como consecuencia, una paralización del servicio prestado por parte de la empresa Actionline, al cliente Claro, lo que configuraría la causal de caducidad del artículo 160 N° 5 del *Código del Trabajo* y, además, que en relación con el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato de trabajo, se funda en que no solo los demandados se restaron de desempeñar sus funciones como teleoperadores sino que incitaron a sus compañeros de trabajo a una paralización de brazos caídos, calificando la gravedad, por el perjuicio y daño colateral que aquello trajo no solo para la empresa, sino que para sus propios compañeros.

La Corte de Apelaciones de Santiago resuelve al efecto desarrollando una interpretación jurídica amplia del ejercicio del derecho a huelga, y también de los presupuestos fácticos y normativos para su activación, señalando en lo pertinente:

> "*QUINTO:* Que, actualmente la doctrina sostiene con unanimidad, que la *huelga se trata de un derecho fundamental*, cuyo fundamento se sustenta en tratados internacionales de derechos humanos, como el artículo 8 N° 1 letra d), del Pacto de Derechos Económicos y Sociales, y en el contenido protegido del derecho a la autonomía sindical, que contempla el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política de la República. Por tanto, *si ella es el contenido de un derecho fundamental, ha sido superada la tesis que sustentaba que la huelga era una 'etapa indeseable' de la negociación colectiva; por lo mismo, tampoco puede sostenerse que cualquier huelga que se realice fuera de la negociación colectiva, sea ilícita o contraria al derecho.*
>
> Por el contrario, *se sostiene que por tratarse de un derecho fundamental, 'la huelga es prima facie lícita, salvo que el legislador, expresa y delibera-*

*damente, la declare, en algunos casos calificados, como prohibida o ilícita, y siempre que esa calificación respete el principio de proporcionalidad o respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales'. (Anuario de Derecho Público UDP, Huelga como Derecho Fundamental.* José Luis Ugarte Cataldo, página 197).

La sola circunstancia que la ley regule *la huelga para un caso, en la negociación colectiva reglada, no puede llevarnos a sostener que fuera de ella se encuentre prohibida*, pues lo que el legislador ha omitido regular o definir, no puede sostenerse que lo ha prohibido.

Por la misma razón agrega la doctrina, refiriéndose al razonamiento actual de la Corte Suprema, que 'si la huelga es un derecho fundamental, entonces, las medidas empresariales que lo limitan, como el reemplazo en sus dos versiones –contratando foráneos o moviendo internos– deben ser miradas como afectaciones que deberían eliminarse, porque en ambos casos sucede exactamente lo mismo: se deja a la huelga vacía de contenido –la empresa sigue produciendo normalmente– y la presión de los trabajadores queda convertida en una caricatura –tocar pitos y bombos–"'.

Reconociendo que la huelga es un derecho fundamental de la persona, *el único límite que explícitamente la Constitución contempla cuando lo reconoce, es que no se trate de funcionarios del Estado ni de las Municipalidades, o de personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera 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.*

De lo expuesto, se puede establecer que *el límite a este derecho fundamental, está dado únicamente cuando se afecten servicios destinados a satisfacer derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos*, tales como la vida, la salud y la satisfacción de necesidades básicas de la persona, lo que como toda limitación o restricción de derechos fundamentales, debe regularse por ley, sin afectar el derecho en su esencia, lo que no acontece en este caso, o por lo menos, no fue un hecho asentado en la causa que la empresa demandante tenga tales finalidades"[43].

La Corte de Apelaciones, contrariando lo resuelto por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, dispone que en realidad la naturaleza iusfundamental de la huelga amplía su ámbito de cobertura jurídica aún más allá de lo dispuesto por el legislador. La supuesta restricción, por tanto, atentaría contra la libertad sindical, en general, y contra el derecho fundamental a huelga, en particular.

[43] Corte de Apelaciones de Santiago, rol I. Corte N° 1144-2015. Recurso de nulidad, Reforma Laboral, considerando 5°, de 23 de octubre de 2015.

La Corte de Apelaciones sustenta la constatación doctrinaria de que la huelga es un derecho fundamental tanto en tratados internacionales como en la Constitución. En ese sentido, dicha magistratura explícitamente deriva de la consagración de la autonomía sindical la vigencia del derecho de huelga, al menos si se atiende al fundamento constitucional del derecho a huelga como derecho fundamental. En otros términos, la entidad de derecho fundamental de la huelga deriva de su consagración de un instrumento internacional vigente, que contiene una fórmula que delega al legislativo de cada Estado su regulación concreta, como ya hemos expresado. Sin embargo,por otra parte, dicha magistratura deriva de manera lógica el derecho a huelga de la autonomía sindical consagrada en el artículo 19 N° 19 de la Constitución, indicando que esta es parte de su "contenido protegido". Por tanto, la huelga como derecho fundamental no tendría, al menos a nivel constitucional, una regulación autónoma[44], sino que siempre dependiente de la autonomía sindical, y enmarcada en el ejercicio de esta.

Acto seguido, señala que "no puede sostenerse que cualquier huelga que se realice fuera de la negociación colectiva, sea ilícita o contraria al derecho". Entonces, y en conformidad a lo señalado en el párrafo anterior, tenemos que la huelga es una figura subordinada o dependiente de la autonomía sindical, pero además, que su ejercicio no se encuentra circunscrito de manera exclusiva a lo dispuesto por la ley, esto es, restringida al contexto de un proceso de negociación colectiva. La Corte ha interpretado por tanto, que la huelga, en tanto derecho fundamental, no encuentra restringido su ejercicio solo en el contexto de un proceso de negociación colectiva o, en otros términos, no se encuentra limitada por lo dispuesto en la ley. Que el legislador haya dispuesto el ejercicio de la huelga de manera reglada en el contexto de un proceso de negociación colectiva, no limita su contenido y ámbito de protección. Al menos no sería ilícita o contraria al derecho, en principio. Como derecho fundamental, por tanto, su ámbito de aplicación y legitimación sería interpretado de manera extensiva y amplia.

Una interpretación como la antedicha omite, al menos, dos consideraciones:

1) que estamos ante un derecho fundamental no expresamente consagrado en la ley (respondería una figura de derecho constitucional implícito[45]), cuya interpretación amplia (de un derecho atípico constitucional) implica de manera necesaria y constitutiva la lesión, limitación o vulneración de otros derecho fundamentales, como son el derecho de propiedad o la libertad de trabajo y
2) que una interpretación en ese sentido vulnera el contenido de lo dispuesto en el artículo 8 N° 1 letra d), del Pacto de Derechos Económi-

[44] Zúñiga Urbina y Sepúlveda Rodríguez (2010), pp. 401-422.
[45] Candia Falcon (2014).

cos y Sociales, que encomienda al legislador nacional la configuración, delimitación y alcance de dicho derecho fundamental.

El concepto 'huelga' refiere a un ámbito indeterminado de acciones, que, podríamos señalar, al menos tienen en común el efecto de alteración funcional de un proceso productivo determinado. Sin embargo, la propia indeterminación del concepto 'huelga', de la que seguramente eran conscientes los representantes de Estados parte que suscribieron el Pacto de Derechos Económicos y Sociales, implica que sea necesaria su delimitación legal a nivel interno. En efecto, la propia Constitución sujeta el derecho a sindicarse a los casos y formas determinados por la ley (artículo 19 N° 19). Luego, si el propio texto constitucional referido por el sentenciador sujeta la consagración de la autonomía sindical a los casos y formas determinadas por la ley, y además, el propio sentenciador ha dispuesto que la huelga en el ámbito constitucional goza de una cautela derivada de dicho contenido protegido del derecho de autonomía sindical (todo en el ámbito protectorio de la garantía del artículo 19 N° 19 de la Constitución), esta vía interpretativa también sujeta, de manera derivada, el ejercicio del derecho a huelga a lo dispuesto por el legislador.

En otros términos, derivamos el derecho a huelga del Pacto de Derechos Económicos y Sociales, y entonces se ha encomendado al legislador su consagración o, bien, derivamos su vigencia en nuestro sistema jurídico de la protección de la autonomía sindical (artículo 19 N° 19), pero, en ambos casos, el derecho a huelga encontrará su contenido y delimitación en lo dispuesto por el legislador, no por el sentenciador.

Si comprendemos que la licitud de ejercicio del derecho a huelga refiere a la posibilidad de subsunción de las acciones determinadas de un sindicato concreto a lo dispuesto por la norma legal que regule el derecho a huelga, en conformidad con los fundamentos constitucionales y de derecho internacional que otorga el propio tribunal, encontraremos el inconveniente de que, efectivamente, es ilícita la huelga ejercida fuera del ámbito de negociación colectiva, o más bien, fuera del ámbito determinado por el propio legislador.

Podríamos comprender que la idea de que la huelga sea contraria a derecho implica un análisis de juridicidad de las acciones respectivas, comprendiendo en este contexto que la comparación o ejercicio de subsunción ya no se efectúa solamente respecto de las normas de rango legal vigentes en nuestro sistema jurídico, sino que en una comparación del sistema en su totalidad, con el ámbito de acciones desplegadas, comprendiendo que las normas de derecho fundamental son normas de juicio vinculantes para el juez. En este caso, el conflicto hermenéutico es un poco más elaborado, pues lo que sucede aquí es que el magistrado ha comprendido que la huelga (que no sabemos muy bien a qué contenido refiere) es un derecho fundamental, que podría ser ejercido fuera de un proceso de negociación colectiva, y

que dicha constatación no es suficiente para determinar su contrariedad al derecho. Sin embargo, el propio tribunal ya nos ha señalado que es lo que establece el Derecho en este caso, y aquello es que tanto el fundamento se encuentre en el Pacto de Derechos Económicos y Sociales o, bien, en el contenido protegido de la autonomía sindical, la huelga ha de circunscribirse a lo dispuesto por el legislador, y precisamente el legislador ha determinado que el ejercicio legítimo del derecho a huelga tiene lugar sólo en el proceso de negociación colectiva.

Ahora bien, concediendo que en realidad el derecho a huelga es un derecho fundamental implícito, no consagrado en la constitución, y omitiendo que, incluso, su regulación expresa en el Pacto de Derechos Económicos y Sociales encomienda al legislador su consagración y delimitación para cada sistema jurídico, y que, por tanto, podría ser invocado incluso fuera de un proceso de negociación colectiva e, incluso, contra lo dispuesto por el legislador[46], si no es el legislador, ¿quién determina la licitud o contrariedad al derecho de la huelga?, ¿bajo qué parámetros?

El tribunal comparte la interpretación de las consecuencias de la consideración del derecho a huelga como un derecho fundamental realizada por el profesor José Luis Ugarte, sosteniendo que la huelga es

> "prima facie lícita, salvo que el legislador, expresa y deliberadamente, la declare, en algunos casos calificados, como prohibida o ilícita, y siempre que esa calificación respete el principio de proporcionalidad o respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales",

pero, además, que:

> "el límite a este derecho fundamental, está dado únicamente cuando se afecten servicios destinados a satisfacer derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos, tales como la vida, la salud y la satisfacción de necesidades básicas de la persona, lo que como toda limitación o restricción de derechos fundamentales, debe regularse por ley, sin afectar el derecho en su esencia".

En torno a dichas afirmaciones es posible efectuar un par de observaciones. La huelga, en tanto derecho fundamental, sería en principio lícita, sin embargo, se mantiene la deferencia legislativa para que sea este poder estatal quien se encargue de su prohibición en determinados casos. Por tanto, bajo dicha concepción, se entiende que el legislador o, bien, ha dejado abierta de manera indeterminada el ejercicio a huelga, o, bien, decide prohibir casuísticamente su ejercicio, valiéndose para ello de criterios que son añadidos por el tribunal como el ser

[46] Todo esto bajo en entendido de que se trataría de que la huelga es un derecho fundamental, y que los derechos fundamentales son normas jurídicas vinculantes, y de aplicación directa por parte de la magistratura.

> "servicios destinados a satisfacer derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos, tales como la vida, la salud y la satisfacción de necesidades básicas de la persona",

respetando en todo caso su contenido esencial.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta curioso que, respecto de este derecho fundamental en particular, pueda ocurrir una situación proscrita en otros ámbitos de protección iusfundamental. En efecto, en primer lugar, se reconoce la posibilidad de restricción absoluta o privación total del derecho fundamental en cuestión. Será el Estado quién, a través del Legislativo, determinará los casos en que dicho derecho fundamental no pueda ser invocado de manera absoluta. Por tanto, *a priori* se reconoce la facultad del legislador para delimitar qué casos, en abstracto, proscribirían la invocación de dicho derecho por parte de los trabajadores. Pero, acto seguido, se señala que dicha limitación o restricción debe respetar el principio de proporcionalidad y su contenido esencial. Entonces, dos cosas en torno a este razonamiento: en primer lugar, se trata de que es el legislador (no el juez) quién para los casos de prohibición absoluta, privación o limitación total del derecho fundamental, ha de sujetar su razonamiento legislativo al principio de proporcionalidad y el respeto al contenido esencial del derecho a huelga, lo que implica que la ilicitud de la huelga o su contrariedad al derecho solo tiene lugar en aquellos casos en que el legislador así lo ha establecido, pero además, que dicha restricción coincide más bien con una prohibición absoluta del derecho a huelga, antes que con una mera limitación del mismo. En segundo lugar, podemos concluir que es mandatado el legislador a arribar a dicha determinación mediante la aplicación de los criterios de proporcionalidad y de respecto del contenido esencial, sin embargo, ambas nociones responden a concepciones de los derechos fundamentales, y su forma de resolución, perfectamente distinguibles, y disímiles[47]. O, bien, doctrinariamente, adscribimos a la resolución de conflictos iusfundamentales utilizando técnicamente la aplicación de un juicio de proporcionalidad o, bien, mediante el respeto de su contenido esencial. De lo que no cabe duda, en cualquier caso, es que la referencia doctrinaria efectuada por el judicial en ningún caso otorga a la discrecionalidad o arbitrio judicial la determinación casuística de los alcances del derecho fundamental a huelga.

Precisamente, el carácter indeterminado de la huelga resulta ser el eje central de toda discusión que pudiese desarrollarse en torno a sus límites, determinación, vulneración o contenido esencial. Sin abordar de manera directa el desarrollo de su contenido, las facultades de limitación por parte del legislador, o la indeterminación sujeta a las determinaciones del juez, estarán mucho más cercanas a la arbitrariedad, que a algún fundamento jurídico.

[47] Nogueira Alcala (2005).

En efecto, su carácter de derecho fundamental, terminará operando argumentativamente en su contra, pues la indeterminación de su contenido en sede jurisdiccional deja expuestos tanto a trabajadores como a la empresa a una completa incertidumbre, incluso, obvia absolutamente las consideraciones democráticas legislativas que por propio mandato constitucional y de los instrumentos internacionales han ordenado que sea el legislador el encargado de su determinación.

Por último, la Corte de Apelaciones dicta sentencia de reemplazo, rechazando la demanda interpuesta por Actionline y argumentando, en relación con las causales de nulidad esgrimidas, que:

> "3° (...) la *primera causal de caducidad* por la cual la demandante pide se autorice el desafuero de los demandados, es la contemplada en el artículo 160 número 5 del Código del Trabajo, que consiste en *ejecutarse actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos,* la que conforme a los hechos que se han tenido por acreditados en la causa, *no concurre, puesto que la circunstancia que los demandados llamaran a paralizar actividades, para reclamar derechos que estimaban eran vulnerados a todos los trabajadores que representaban, no se enmarcan dentro de los actos que tipifica la citada norma, pues ellos se circunscriben a conductas ilícitas, no teniendo tal carácter, la paralización de actividades a que ellos llamaron*.
>
> 4°.- Que, consecuencialmente, *tampoco se da la segunda causal de caducidad* que invoca la demandante, por fundarse en los mismos hechos que no revisten el carácter de ilícitos, y porque la paralización de actividades se extendió desde las 16:30 hasta el término de la jornada, exigiendo el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, no sólo que exista un incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato, sino *que éste sea grave, lo que evidentemente, no acontece en este caso atento el breve período que se extendió tal paralización, todo en un marco dentro de las facultades que tiene el sindicato, de emprender acciones tendientes a la defensa de los derechos de sus asociados"*[48].

Para resolver lo dispuesto por el sentenciador, parece no requerir necesariamente un pronunciamiento sobre el derecho a huelga y su contenido, y titularidad. En efecto, bastaba para el sentenciador abocarse al estudio de las causales de término de contrato esgrimidas (desafuero en este caso), para poder resolver el conflicto jurídico que había sido dispuesto a su conocimiento y resolución. Si las conductas esgrimidas como fundamento fáctico del desafuero podían ser contrastadas con las normas invocadas para otorgar resolución al conflicto jurídico puesto en su conocimiento, la invocación del derecho a huel-

[48] Corte de Apelaciones de Santiago, rol I. Corte N° 1144-2015. Sentencia de reemplazo, Reforma Laboral, considerandos 3° y 4°, de 23 de octubre de 2015.

ga, y una elucubración compleja, y a momentos contradictorias, sobre la misma y su carácter de derecho fundamental, se volvían innecesarios lógicamente.

## VI. Comentario de cierre y conclusiones

Las nociones de huelga y utopía emergen imbricadas en un contexto ideológico y político en el que pueden asociarse, sin temor a equivocarse, a las concepciones socialistas, marxistas y anarquistas, de fines del siglo XIX e inicios el siglo XX en Chile. En dicha dimensión, la utopía se relaciona con la huelga la primera representa el fin y el objetivo para el cual los trabajadores podrían valerse de esta última como instrumento. La huelga, como medio, encuentra su fin de realización, y la determinación de su legitimidad en una concepción ideológico política extra jurídica (o prejurídica, podría señalarse).

La Codificación del Derecho Laboral y la incorporación de las formas coactivas de actuación de los trabajadores para el caso de la huelga, por ejemplo, inauguran un segundo estadio de la relación entre huelga y utopía. Ya fuera de la dimensión política y de la determinación de su utilidad en relación con un fin político idílico o utópico, la realización de la huelga en el derecho, esto es, la configuración de su validez y eficacia jurídica, debe responder a nuevos cánones que se encontrarán en constante tensión. El núcleo del derecho a huelga implica, por definición, una limitación o intromisión disruptiva en el derecho de propiedad del empleador, sea cual sea la forma práctica y concreta que la huelga adopte, siempre en su seno lleva la naturaleza violenta de su irrupción en el relacionamiento jurídico.

Luego, la huelga en un sentido jurídico adopta, ella misma, un carácter utópico en cuanto resulta irrealizable por la propia indeterminación de su contenido. Sin contar una concepción prejurídica de la huelga resulta imposible efectuar con certeza un juzgamiento sobre su eficacia, plena vigencia o respeto. El contenido de la misma es en todo caso extra jurídico, y referirá a una finalidad que determinará su legitimidad, pero dicha finalidad es más bien política e ideológica, o hasta económica, antes que jurídica. De esta manera, la huelga estructuralmente se vuelve, ella misma, en utópica, y deja abierta en manos del juzgador la realización casuística de dicha utopía, que en todo caso no será más que la satisfacción del juzgador con su propia ideología política y preconcepción del contenido del derecho a huelga.

En la sentencia analizada por vía ejemplar, la Corte de Apelaciones, haciendo eco de lo que señala una parte de la doctrina iuslaboralista, ha compartido en el desarrollo de su argumentación jurídica los elementos de la denominada corriente de *constitucionalización del derecho laboral*[49], y en

[49] Ugarte Cataldo (2008) pp. 249-273.

particular, respecto de uno de los denominados *derechos fundamentales específicos*[50], esto es, de los que es titular el trabajador en su calidad de tal, concretándose dicha opción en el despliegue de argumentos sobre la concurrencia del derecho a huelga en un conflicto jurídico particular.

La determinación del alcance del derecho a huelga, en la medida en que este es considerado derecho fundamental, se enlaza necesariamente y de manera ineludible con una teoría de interpretación de los derechos fundamentales. En ese sentido, implícitamente el tribunal ha optado por comprender que la realización y concretización específica de los derechos o garantías fundamentales contenidos en la Constitución trascienden la ley positiva, y sería más bien preciso abordar como norma *decisoria litis* al derecho fundamental mismo, en su categoría de tal, para delimitar desde allí, desde un contenido no tipificado, cuál es su alcance, que en todo caso siempre podría ir más allá de lo previsto por el legislador, pues precisamente, por ser una norma jurídica directamente aplicable, de rango superior al legal, ha de preferirse esta antes que alguna de rango inferior. Ahora bien, de ser así, ¿de qué hablamos en concreto cuando hablamos de huelga?; ¿cuáles son los criterios de su delimitación, y la determinación de su juridicidad en el caso concreto? En esa tarea delimitadora de derechos fundamentales, el juez *hércules*[51] debe pronunciarse sobre su alcance, incluso si éste contraría lo preceptuado por la propia ley, según su prudencia.

En la argumentación desarrollada por el tribunal superior de justicia se extraña un pronunciamiento específico sobre la naturaleza autotutelar del derecho a huelga, y las consideraciones generales que en un Estado de derecho han de hacerse respecto del uso de la violencia y la fuerza, además de las vinculaciones de estos últimos elementos con la potencialidad vulneratoria iusfundamental de la que es portadora la huelga de manera constitutiva (vulneración respecto del derecho de propiedad, libertad de trabajo, e incluso integridad física y psíquica). En efecto, por esa carencia dicho pronunciamiento no es del todo claro en torno a temas trascendentes como la

[50] "el Derecho del Trabajo ha cumplido y cumple así diversas funciones, de modo simultáneo, preocupado de la protección de los derechos de los trabajadores en diversos planos: 1. Los derechos laborales propiamente tales (salarios mínimos, jornada de trabajo, indemnizaciones por término de contrato), atribuidos al trabajador como contratante débil, que ha permitido asegurar un mínimo socialmente aceptable para los trabajadores, 2. Los derechos fundamentales específicos (libertad sindical, derecho negociación colectiva, huelga) atribuidos al trabajador como miembro de una organización de representación de intereses, que han permitido al Derecho del Trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y de algún modo de la propia sociedad, y por último 3. Los derechos fundamentales inespecíficos (intimidad, integridad, libertad de expresión, no discriminación), atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, han permitido al Derecho del Trabajo garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática". Ugarte Cataldo (2007), pp. 51-52.

[51] Dworkin (2002).

legitimación activa del derecho a huelga, su titularidad[52], sus modalidades, y su integración en el mercado de derechos fundamentales.

El sindicato[53], con la interpretación otorgada por la Corte de Apelaciones, estaría legitimado (sería lícito, en términos del juzgador) para coaccionar al empleador a la satisfacción de los intereses de sus asociados, o de los suyos propios (si pudiésemos afirmar que en algún punto difieren o se consideran autónomos de los particulares que constituyen al colectivo en cuestión), sin que el mecanismo utilizado, esto es la huelga, tenga siquiera un carácter de *ultima ratio.* La activación de su ejercicio no solo no se encuentra circunscrita a un proceso de negociación colectiva como lo establece el legislador, sino que aún más se autoriza su ejercicio aun antes de recurrir a las instancias administrativas correspondientes, legitimando un mecanismo autotutelar mínimamente condicionado, y por lo mismo, desnaturalizando su carácter excepcional.

La huelga no solo pierde el carácter excepcional y de *ultima ratio* como mecanismo de autotutela de las organizaciones sindicales, conforme se desprende de la regulación legal que el legislador ha determinado de manera clara, sino que, también, se extiende su dimensión disruptiva a sujetos pasivos ampliados, no limitándose al empleador directo o la empresa de la que son dependientes los trabajadores del sindicato, sino, incluso, como lo es en el caso en análisis, a la empresa principal.

En la argumentación jurídica sostenida por la Corte de Apelaciones también se hace ausente una referencia al interés de los trabajadores que no se encuentran de acuerdo con la decisión adoptada por los respectivos dirigentes, y las subsecuentes consecuencias de aquello. Para dar inicio a la huelga, por tanto, sería indiferente realizar votación alguna, ni cumplir con formalidades prescritas en la ley, ni menos considerar las consecuencias futuras que el accionar improvisado pudiese generar para trabajadores asociados, o no asociados. Sostener una interpretación tal no solo afecta los intereses de la empresa coaccionada sino, también, los intereses legítimos de todos los trabajadores y, en particular, de aquellos que siendo parte de la respectiva organización sindical no tuvo posibilidad de manifestar su consentimiento, ni opinión favorable o desfavorable sobre las decisiones unilateralmente dispuestas por dirigentes. El carácter representativo de la organización sindical termina por desvanecerse y la improvisación de la dirigencia, al estar legitimada jurisprudencialmente, infunde de inseguridad jurídica al empleador y, por cierto, al resto de los trabajadores de la empresa respectiva.

[52] ¿Son titulares del derecho a huelga sólo los miembros de un sindicato determinado, o en realidad es un derecho cuya titularidad corresponde a todo trabajador, independiente de dichas consideraciones?

[53] Considerando que el tribunal ha enlazado la noción de autonomía sindical y derecho a huelga, considerando a este último como un contenido esencial del primero.

Por último, la falencia de la cual es portadora la sentencia en comento refiere también a la indeterminación de origen que padece el concepto de huelga. De proveniencia eminentemente política, la noción de huelga no encuentra tipificada legalmente una determinación de contenido, ni abstracto ni concreto. Sin embargo, tampoco esclarece el tribunal cuál es el ejercicio que desarrolla al efecto, si lo que se ha determinado, por la propia magistratura es que la ley será la forma de realización del derecho fundamental a huelga. En el fondo, careciendo de una determinación legal de contenido, resulta difícil escudriñar sobre la interacción que el ejercicio de dicho derecho indeterminado tendrá con otros derechos fundamentales. En ese sentido, la indeterminación de la misma y el discurso jurídico de los derechos fundamentales sirve más como una manifestación de apertura a la arbitrariedad judicial antes que como un rescate y reconocimiento de una forma de lucha histórica de los trabajadores, a la vez, que sirve de indeterminación absoluta en la administración de la empresa por parte del empleador, quien no podrá decidir aplicación de medidas disciplinarias, incluyendo la más gravosa, como el despido, pues no estará consiente de una eventual vulneración iusfundamental (al derecho a huelga), dejándole atado de manos, y en último término, sujeto a la prudencia del juez de turno, y lo que él, bajo sus concepciones políticas e ideológicas, comprenda que entiende propio del ámbito de la huelga, y aquello que le es excluido.

En la actualidad, y luego de la reforma del *Código del Trabajo* cuya entrada en vigencia inició el 1 de abril de 2017[54], el análisis de los alcances del derecho a huelga y las posibilidades de su limitación han abierto nuevos horizontes de discusión, a propósito de las posibilidades de calificación de servicios mínimos[55], mediante el ejercicio de las atribuciones de la Dirección del Trabajo, a través de sus directores regionales, o inclusive de su Director Nacional. Deberemos esperar un tiempo para poder alzar un estudio doctrinario y dogmático del contenido de las resoluciones dictadas por la administración del Estado en materia de derechos fundamentales laborales, y en particular, del derecho a huelga. Sin duda, su carácter de derecho fundamental requerirá que la dirección del trabajo adopte alguna posición respecto de la interpretación de los derechos fundamentales, su limitación y restricción. Podríamos adelantar, en ese sentido, que, diverso a lo apreciado en la sentencia en análisis, adoptando la propuesta hermenéutica de Ugarte, ante la huelga no solo existe actualmente una posibilidad de límite absoluto ejercido por el legislador a través del establecimiento de empresas cuya declaración de huelga se encuentre prohibida, sino que ahora se abre

[54] Ley Nº 20.940 que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, de 8 de septiembre de 2016

[55] Sobre la aplicación de un juicio de proporcionalidad en la determinación de servicios mínimos: Ahumada y Caamaño Rojo (2016), pp. 48-71

la posibilidad a la limitación o restricción efectiva de dicho derecho (ya no solo prohibición, por tanto) y aquella es mediada por una figura de fuente legal, cual es la noción de servicios mínimos. Pero dicha figura permitirá que las partes, sindicato y empleador, puedan determinar de manera consensual la delimitación del derecho a huelga atendida la particularidad específica de la empresa en cuestión, y de manera subsidiaria, que sea el Estado administrador, a través de la Dirección del Trabajo quien se pronuncie sobre la delimitación abstracta del derecho a huelga[56], en el contexto de un proceso de negociación colectiva reglada.

Pese a lo ya expuesto, y a la reforma legal recientemente entrada en vigencia, ante el criterio hermenéutico expuesto por el sentenciador, y la amplitud indeterminada del derecho a huelga como derecho fundamental, en el sentido de estimar que se trata de una norma vinculante y de aplicación directa, quedarán aún abiertas las posibilidades de que algún tribunal pueda decidir para el caso concreto la concurrencia de algún límite al derecho a huelga, o su legitimación extra legal; sin embargo, mientras no se desarrolle un estudio abierto sobre su contenido específico continuaremos sumidos en la incerteza jurídica, al arbitrio del administrador, y el judicial de turno; quedamos merced a la huelga como utopía del juzgador.

## Bibliografía

Ahumada, Andrés S. y Eduardo Caamaño Rojo (2016): "Los servicios mínimos como límite al derecho fundamental de huelga", en *Revista Laboral Chilena*, N° 11: pp. 48-71.

Alfie, Ana Clara (2012): "Conflicto y derecho de huelga: reflexiones a partir del caso argentino", en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 15: pp. 3-33.

Atria, Fernando (2004): ¿Existen Derechos Sociales?, en *Edición digital a partir de Discusiones: Derechos Sociales*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, N° 4: pp. 15-59.

Benjamin, Walter (1991): "*Para una crítica de la violencia y otros ensayos, Iluminaciones IV*". En, Roberto Blatt (trad.) (Madrid, Taurus).

Bernal Pulido, Carlos (2005): Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria, en *Edición digital a partir de Discusiones: Derechos Sociales*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, N° 4: pp. 99-144.

[56] Señala Caamaño, al respecto: "no se puede desconocer que el proceso de calificación de estos servicios entregado a la Dirección del Trabajo, en virtud de lo previsto por el nuevo artículo 360, no da las garantías suficientes de resguardo del derecho a huelga, pudiendo ser causa de numerosos conflictos judiciales de resultados inciertos y diversos". Caamaño Rojo (2016).

Caamaño Rojo, Eduardo (2016): "La reforma laboral y el fortalecimiento del derecho a huelga: un puente demasiado lejos", en Pablo Arellano Ortiz, Juan Pablo Severin C. y María Ester Feres Nazarala (ed.): *Reforma al derecho colectivo del trabajo - Examen Crítico de la Ley N° 20.940* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

Candia Falcon, Gonzalo (2014): "Analizando la tesis de los derechos implícitos: comentario a la sentencia del tribunal constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad rol N° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014", en *RDUCN Coquimbo*, Vol. 21 N° 1: pp. 497-521.

Colombo Campbell, Juan (1991): *La Jurisdicción en el Derecho Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Couture. Eduardo (1978): *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (3ª ed., Buenos Aires, Depalma Editores).

Covarrubias Bañados, Darío (2013): *Destruir para construir. Violencia y acción directa, en la corriente anarquista chilena (1890-1914)* (Santiago, Ediciones Acéfalo).

Deshazo, Peter (2007): *Trabajadores urbanos y sindicatos en Chile: 1902-1927*, Pablo Larach (trad.) (Santiago, Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos. Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, colección Sociedad y Cultura).

Deves, Eduardo (1989): *Los que van a morir te saludan. Historia de una masacre. Escuela Santa María, Iquique. 1907* (Santiago, Editorial Documentas).

Figueroa G-H, Rodolfo (2009): "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: discusión teórica" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36 N° 3: pp. 587-620.

Gaete Berríos, Alfredo (1949): *Manual de derecho del trabajo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Gamonal Contreras, Sergio (2011): *Derecho Colectivo del Trabajo* (Segunda Edición, Santiago de Chile, AbeledoPerrot).

Gargarella, Roberto A. (2005): "Derecho y disociación. Un comentario a "¿Existen derechos sociales?", de Fernando Atria" en *Edición digital a partir de Discusiones: Derechos Sociales*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, N° 4: pp. 61-70.

Glendon, Mary Ann (1998): "El lenguaje de los derechos", en *Estudios Públicos*, Nº 70: pp. 77-150.

Goicovic, Igor (-): *La Propaganda por los Hechos en el Movimiento Anarquista Chileno, 1890-1910*, Editorial U. de los Lagos, Chile, versión electrónica Disponible en: www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0018289.pdf

Grez Toso, Sergio (1995): *La "cuestión social" en Chile. Ideas y debates precursores (1804-1902). Fuentes para la Historia de la República* (Santiago, Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos. Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, colección Sociedad y Cultura) vol. vii.

Grez Toso, Sergio (2004): *Los anarquistas y el movimiento obrero. La alborada de la Idea en Chile, 1893-1915* (Santiago, Editorial LOM).

LIZAMA PORTAL, Luis (2011): "El derecho del trabajo chileno durante el siglo XX", en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2 N° 4: pp. 109-142.

LIZAMA PORTAL, Luis (2016): *La reforma laboral explicada y comentada* (Santiago, Ediciones Luis Lizama Portal & Cia. Abogados).

LUXEMBURGO, Rosa (2003): *Huelga de masas, partido y sindicato* (Madrid, Fundación Federico Engels).

MATURANA MIQUEL, Cristián y Mario MOSQUERA (2010): *Los recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

NASH ROJAS, Claudio (2011): "Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales" en *Revista de Estudios Constitucionales*, Vol. 9 N° 1: pp. 65-118.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2005): "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", en *Ius et Praxis Talca*, Vol. 11 N° 2: pp. 15-64.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2006): "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", en *Revista de Estudios constitucionales*, Vol. 7 N° 2: pp. 143-205.

OIT (2006): *Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, (5ª ed., Ginebra, Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT).

RUAY SAEZ, Francisco (2017): "Sobre el alcance del derecho a huelga: su procedencia fuera de un proceso de negociación colectiva. (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1144-2015, de 23 de octubre de 2015)", en *Revista de Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, Año XII N°35: pp. 331-343.

RUAY SAEZ, Francisco (2017): Los *convenios de la OIT y la competencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Un análisis a propósito del derecho a huelga*". En: VV.AA. *Negociación Colectiva. Estudios en homenaje al profesor Emilio Morgado Valenzuela*. (Santiago, Sociedad Chilena de derecho del trabajo y de la Seguridad Social): pp. 457-490.

SALAZAR PIZARRO, Sebastián (2013): "Fundamentación y estructura de los derechos sociales", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 26 N° 1: pp. 69-93.

SOREL, Georges (1973): *Reflexiones sobre la violencia*. En RUIZ, Luis Alberto (Buenos Aires, La Pleyade).

TAPIA, Francisco (2005): *Sindicato en el derecho chileno del trabajo* (Santiago, Ed. LexisNexis).

THAYER A., William y Patricio NOVOA FUENZALIDA (2011): *Manual de derecho del trabajo. Sindicatos y negociación colectiva. Los Convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación chilena* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

TOLEDO CORSI, César (2013): *Tutela de la Libertad Sindical* (Santiago, AbeledoPerrot, Legalpublishing).

Ugarte Cataldo, José Luis y Eduardo Caamaño Rojo (2008): *Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico* (Santiago de Chile, Legal Publishing).

Universidad Diego Portales (2014): *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2014*.

Zúñiga Urbina, Francisco y Enrique Sepúlveda Rodríguez (2010): "La huelga en la Constitución. El caso de los trabajadores de empresas de servicio", en Humberto Nogueira Alcalá (coord.): *Dogmática y aplicación de los derechos sociales* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia): pp. 401-422.

# ENSAYOS Y ESTUDIOS

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

# LA CULTURA DE INTEGRIDAD CORPORATIVA: UN ELEMENTO ESENCIAL DE LA ESTRATEGIA DE SOSTENIBILIDAD EMPRESARIAL

# A CULTURE OF CORPORATE INTEGRITY: AN ESSENTIAL ELEMENT OF CORPORATE SUSTAINABILITY

*Natalia González B.*[*]

RESUMEN: La sostenibilidad, como estrategia empresarial, combina virtuosamente una serie de factores con miras a desarrollar, posiblemente en diversas etapas, un modelo de negocios sustentable, construido desde la profunda convicción de que la integridad, la ética y el cumplimiento normativo constituyen una oportunidad y no una carga en la actividad empresarial. Instalar una cultura de integridad corporativa requiere de un esfuerzo colectivo –que debe ser originado, promovido y apoyado, en todo momento, por la alta administración de una empresa– para que todos los colaboradores de una empresa se comprometen a hacer las cosas bien; a involucrar en el proceso de toma de decisiones consideraciones de integridad y de cumplimiento; a elaborar productos y ofrecer servicios bajo altos estándares de calidad y en cumplimiento con las regulaciones aplicables; a mantener un trato respetuoso y adecuado con los colaboradores, contrapartes, proveedores, consumidores, clientes, competidores, entre otros, todo ello con un fuerte sentido de responsabilidad hacia la comunidad en la que la empresa se desenvuelve. De esta manera, se construye un *ethos* que permitirá mejorar las relaciones entre los miembros de la empresa, y entre esta y su entorno y con los grupos de interés; las confianzas internas; la evaluación y control de riesgos, y en el largo plazo, un mejor rendimiento económico; todo ello, al tiempo que se da propósito y se releva el importante que cumplen las empresas en el desarrollo de una sociedad.

[*] Magister en Derecho (LL.M) de la Universidad de Chicago, Becaria Fullbright, CONICYT y de la Universidad de Chicago. Licenciada en Derecho por la Universidad Católica de Chile. Abogada. Directora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: nataliagonzalez@udd.cl

Palabras clave: Integridad - Ética - Cultura - Liderazgo de la alta administración – Sostenibilidad - Gobierno Corporativo - Cumplimiento - Beneficios - Valor agregado.

Abstract: Corporate sustainability, as a strategy, virtuously combines a series of elements towards developing, possibly in a series of stages, a sustainable business model, inspired on the profound conviction that integrity, ethics and compliance constitute an opportunity and not a burden. Creating a culture of corporate integrity at any company requires a collective effort that must be originated, promoted and supported, at all times, by senior management, so that all members of the firm commit to do things the right way; to make ethics and integrity a top of mind issue at the decision making process; to elaborate products and offer services under high standards of quality, complying with the applicable regulation; to treat with respect counterparts, suppliers, consumers, clients, competitors, among others, all the foregoing with a strong sense of responsibility towards the community. By such means, companies build an ethos that translates into a driver for: improving relationships within the company and among the latter and its stakeholders and society as a whole; creating and developing internal trusts; assessing and controlling risks, and, creating economic value in the long term, while giving purpose and emphasizing the important role that companies and business organizations have in a society.

Keywords: Integrity - Ethics - Culture - Tone at the Top - Sustainability- Corporate Governance - Compliance - Benefits - Aggregate Value.

* * *

## I. Antecedentes

En las últimas décadas, hemos sido testigos de un complejo y drástico cambio en la forma en que las organizaciones empresariales (y las organizaciones, en general), se perciben a sí mismas en relación con un sinnúmero de *stakeholders* (quien detenta un interés)[1], locales y globales. La calidad de las relaciones que las compañías mantienen con sus empleados, colaboradores, clientes, inversionistas, proveedores y autoridades, así como con otros actores tales como las comunidades, los activistas, los medios de comunicación y otros actores influyentes, y su capacidad y el tipo de respuesta a las necesidades, demandas o cuestionamientos de los *stakeholders*, en condiciones competitivas

[1] Freeman (1984).

y en circunstancias en que los intercambios de información y opinión hoy se producen a través de plataformas muy eficaces, es crucial para su éxito[2]. Esta gran transformación en la manera de relacionarse con el entorno ha impulsado, desde hace unas décadas, una forma de desarrollo de negocios llamada *sostenible*, para lo cual el liderazgo ejecutivo en los distintos niveles de una organización, y a nivel de la organización como un todo, representan un papel cada vez más relevante.

Desarrollar negocios de manera sostenible involucra una serie de factores. Uno de esos factores (tal vez el factor clave o base) implica llevar a cabo la actividad empresarial bajo altos estándares de ética e integridad. Entraña desempeñarse como un *buen ciudadano corporativo* y que la empresa asuma la responsabilidad (sea *accountable*) de actuar en tal calidad. A pesar de que pudiera parecer una obviedad, ello implica un gran desafío. Desde el punto de vista conceptual, tanto jurídico como económico, una de las principales barreras que debe sortearse es que las empresas reconozcan que la integridad corporativa no se encuentra disociada de la rentabilidad del negocio o de la maximización del valor de la compañía. Los conceptos no están en las antípodas ni transitan por carriles separados. Sin embargo, a menudo se hace presente esta contradicción, y resultan frecuentes afirmaciones del tipo:

> "La ética y la integridad son muy relevantes, pero en momentos de crisis económica el directorio o el gerente general debe ocuparse de disminuir costos y resolver que ocurrirá con el personal"; "El directorio ha de ocuparse de la rentabilidad del negocio, sin distracciones o cinismos"; "¿Para qué va ocuparse de *la ética si confiamos plenamente en nuestros ejecutivos, y ellos son de la mayor confianza de los controladores"*?; *"Los mayores costos de una estrategia de integridad no se condicen con mejores resultados en la compañía"*; "¿Realmente se necesita un programa de ética e *integridad para ser ético? La ética es algo personal, la compañía no tiene nada que hacer en esta área"*.

Contrario a la intuición, el ocuparse de manera activa (no solo preocuparse) de la integridad corporativa no constituye un antónimo respecto a la maximización del valor de una compañía. En efecto, contribuye constructivamente a impulsar esos objetivos en el mediano y largo plazo. Un reciente estudio realizado por el profesor Luigi Zingales, de la Universidad de Chicago, Escuela de Negocios Booth, junto con los profesores Luigi Guiso, del Instituto Einaudi de Economía y Finanzas y la profesora Paola Sapienza, de la Escuela de Negocios de Kellog, denominado "El valor de la cultura corporativa"[3] demostró que las compañías cuyos empleados las percibían

[2] Moriarty (2017).

[3] Guiso, Sapienza y Zingales (2015).

como instituciones que realmente valoraban la ética (en oposición a aquellas compañías que más bien declaraban que lo hacían) mostraban, largo plazo, utilidades más altas y mejores resultados, en general, en otros indicadores económicos.

El estudio efectuó una comparación entre aquellas dimensiones de la cultura corporativa que la mayoría de las compañías del Índice S&P 500 exponían en sus sitios web como las más relevantes, esto es, la integridad y la ética, y los resultados que arrojaron encuestas efectuadas por *The Great Place to Work* a los trabajadores de esas empresas, información a la que los profesores tuvieron acceso. La data contenía respuestas de más de mil empleados de empresas públicas y privadas entre 2007 y 2011. Con esa información, los investigadores buscaban entender cómo percibían los trabajadores la cultura de la compañía en la que se desempeñaban, en oposición a lo que la compañía o su administración públicamente señalaba que era su cultura. El estudio concluyó que, cuando la percepción de integridad por parte de los trabajadores era mayor, existía una correlación positiva con los resultados de la compañía, mostrando mejores indicadores en materias de productividad, utilidades, mejores relaciones industriales, y de atracción de talentos.

Entonces, si la cultura de integridad de una empresa es valiosa, ¿por qué algunas compañías no ponen atención de inmediato a esta materia? El estudio revisó las estructuras corporativas de las empresas objeto de análisis para evaluar si aquellas tenían un impacto en términos de promover la integridad como un valor corporativo. Los resultados mostraron que el mercado, inicialmente, tiende a subestimar el valor de la integridad, a pesar de que en el largo plazo esta termina por representar un papel crucial. En efecto, las cien compañías elegidas como mejores lugares para trabajar superaron las expectativas del mercado. Ocurre que, en la medida en que las utilidades comienzan a generarse y el mercado lo percibe, este aprecia el valor de la integridad. Los investigadores concluyeron, entonces, que los actores en el mercado de valores tendían a subinvertir en integridad, a lo menos en el corto plazo. Sucede que la reacción del mercado para reconocer el valor creado en una empresa por una buena cultura sería más lenta, a diferencia de lo que ocurriría, por ejemplo, cuando una empresa farmacéutica descubre una nueva droga, en que el mercado reacciona de manera inmediata. Así, el incremento de valor de las acciones de una compañía que ha incorporado la cultura de integridad a sus operaciones se aprecia lentamente y a lo largo del tiempo.

Ahora bien, considerando que los efectos se producen en el largo plazo, ¿por qué no comenzar cuanto antes y con gran sentido de urgencia en la instalación de una cultura de integridad corporativa? En el estudio se esbozan, de manera especulativa, algunas razones, entre las cuales se cita la mayor ponderación que los ejecutivos entregan a los beneficios de corto plazo versus los de largo plazo. El gerente general de una compañía abierta en bolsa, que se encuentra sujeto a evaluaciones trimestrales y a las presiones

consecuentes pondera, tal vez, de manera más favorable aquellas estrategias que reditan en ventajas de corto plazo para la empresa, por lo que no haría sentido invertir mayormente en integridad. La profesora Sapienza sugiere que implementar una cultura de integridad podría ser costoso, y, como el mercado de capitales no percibe de forma adecuada los beneficios de largo plazo, sería miope en la materia dejando en igual situación a estas compañías. Otra explicación estaría dada por la diversidad de gestiones y contenidos comunicacionales que habría que efectuar y proporcionar a las diversas audiencias que tiene una empresa para generar un balance o equilibrio. Así, por ejemplo, ante una situación reñida con la ética en el seno de una compañía, un mensaje claro del compromiso de la alta administración con la materia sería abordar la situación y resolverla de manera ejemplificadora, lo que tiene una lectura muy positiva de cara a los trabajadores. Sin embargo, a la par con lo anterior, la notoriedad y comunicación de la situación podría ser castigada por el mercado, el que podría sobredimensionar lo ocurrido y reflejarlo en el precio de las acciones en el corto plazo. De esta manera, la explicación podría estar dada por los costos de corto plazo que involucra la estrategia. Así, existiría, respecto de las compañías que transan en bolsa, un *trade-off* entre los beneficios de corto plazo y los de largo plazo. Este *trade-off*, debiera, en todo caso, desaparecer si el precio de las acciones de una empresa reflejara completamente la posibilidad de una mayor rentabilidad futura; pero ello, depende de la capacidad del mercado de apreciar todos los factores que determinan esa mayor rentabilidad futura, lo que no siempre ocurre.

Además de tratarse de compañías listadas en la bolsa, la única característica estadísticamente significativa en materia de gobernanza corporativa que los autores del estudio encontraron fue la presencia de un accionista mayoritario (entendiendo por tal a quien posee a lo menos el 5% del capital), la que demostró tener una correlación negativa con los niveles de integridad. Así, aparece que el excesivo foco de la administración en proporcionar mayor valor a los accionistas en puede terminar por comprometer la habilidad de una compañía para sostener altos niveles de integridad.

Otro desafío a sortear es entender que la instalación de una cultura y estrategia de integridad corporativa no constituye un acto de desconfianza hacia los colaboradores, así como tampoco una forma de expiar las culpas individuales (*i.e.* si hay cultura corporativa, entonces la falla sería de la organización, institucional; el ejecutivo sería susceptible de un menor reproche). La empresa, en tanto organización, más o menos sofisticada, permite la reunión de habilidades, conocimiento, influencia y recursos en aras de un objetivo legítimo de negocios (sin perjuicio de otros objetivos) y que, en otras circunstancias, sería imposible de alcanzar individualmente. Este planteamiento, que es original del profesor Ronald Coase[4], postula que las organizaciones de ne-

[4] Coase (1937), pp. 386-405.

gocios o empresas se crean, precisamente, cuando es más eficiente organizar el trabajo que contratarlo externamente. De esta manera, y a través de esta organización, las empresas posibilitan el desarrollo y el crecimiento, entre otros beneficios. Sin embargo, las organizaciones también presentan complejidades y problemas y, en ocasiones, carencias y fallas que pueden dar motivo para servir otros propósitos, menos loables o para que los individuos que las componen los sirvan. Es evidente que los individuos que integran las organizaciones y, sobre todo quienes ejercen roles de liderazgo en ellas, tienen un papel y una responsabilidad muy importante que representar y de la cual hacerse cargo respecto del diseño y control del régimen destinado a enaltecer los estándares éticos de una institución. Sin embargo, soslayar el hecho de que la conducta reprochable o su permanencia en el tiempo pueda deberse, asimismo, a una falla *institucional* sería un error[5]. Las instituciones (entendidas como entidades que generan relaciones y vínculos con una multiplicidad de actores) crean una serie de oportunidades para que los individuos tomen decisiones, correctas o incorrectas, éticas o reñidas con la integridad, o en el límite. Así, quienes integran una organización están habitual y constantemente confrontados a dilemas y desafíos en la toma de decisiones. A veces, una decisión que aparece como teóricamente reñida con la integridad podría al mismo tiempo traer beneficios de corto plazo a una empresa; en ocasiones, los incentivos monetarios o no de los ejecutivos de una empresa pueden estar diseñados de manera tal que, sin haberlo pretendido así la administración, inclinen a una decisión errada; en otras situaciones, los ejecutivos y trabajadores operan sin mayores controles, lo que puede generar la apariencia de que no han de rendir cuenta de sus acciones, las que pueden comenzar como conductas aisladas o de una sola vez, pero que luego se tornan en un hábito.

Por ello, las instituciones deben considerar gobiernos corporativos, sistemas y estructuras adecuadas y sencillas, que generen círculos virtuosos en las empresas de manera que no se requiera que sus colaboradores sean santos. Es más conveniente y acorde con la maximización del valor de las empresas el que estas se desarrollen de forma tal que incluso los conformistas que las integran puedan ser virtuosos[6]. Para mejorar la integridad en las instituciones, la ética debe construirse en ellas, debe gestionarse e institucionalizarse, como cualquier otro objetivo de negocios. No se trata de entender la integridad corporativa como un conjunto de acciones aisladas, sin conexión en el tiempo y en el relato, que se llevan a cabo con un fin más publicitario que de fondo. Se trata de una cuestión profunda, cultural, sostenida en el tiempo, que incide sobre la forma y el fondo de la actividad empresarial.

Respecto de lo que se ha venido discutiendo en los párrafos anteriores, es preciso señalar que el alcance del concepto 'gobierno corporativo', ya sea

[5] Moriarty (2017).
[6] Sampford (2009).

este más amplio o más restrictivo, ha sido también un factor que ha contribuido a generar posiciones contrapuestas en esta materia ¿Es el término lo suficientemente comprensivo como para integrar la sostenibilidad empresarial y la integridad corporativa, como un elemento del mismo? Lo es, por las razones antes expuestas y por las que se exponen a continuación.

La OECD, en su primera definición del año 1999, actualizada en 2004, define el *gobierno corporativo* como:

> "Una serie de relaciones entre el cuerpo directivo de una empresa, su Consejo, sus accionistas y otras partes interesadas. El gobierno corporativo también proporciona una estructura para el establecimiento de objetivos por parte de la empresa, y determina los medios que pueden utilizarse para alcanzar dichos objetivos y para supervisar su cumplimiento"[7].

El gobierno corporativo constituye, para la OCDE, un medio y un elemento clave para aumentar la eficacia económica y potenciar el crecimiento, así como para promover la confianza de los inversionistas.

Diversos organismos internacionales, tales como el Banco Mundial y la Comisión Europea, han adoptado esta definición. A primera vista, parece una definición neutral, pero no lo es. Tal y como lo indica, el gobierno corporativo es un medio para producir eficiencia económica. Los problemas clave que intenta resolver este sistema de gobernanza son aquellos que resultan de los posibles intereses divergentes entre la propiedad de una compañía y su administración; entre la propiedad de una compañía en general y quienes detentan el control de la misma; y aquellos que se producen con otros interesados o *stakeholders*, que se relacionan o vinculan con la empresa.

Como puede observarse, esta concepción es un tanto más amplia que la clásica o tradicional del concepto. La concepción clásica del gobierno corporativo busca resolver el llamado problema de *agencia*, con el fin de asegurar que los inversionistas obtengan un retorno de su inversión[8]. Bajo esta concepción, no se alude al papel que representan otros actores en la modelación del comportamiento de las compañías (como lo serían los *stakeholders*). Esta noción (mayoritaria en la doctrina, a lo menos en la doctrina que nace a partir de las escuelas de finanzas y negocios) nos indica que el gobierno corporativo debe tener como propósito maximizar el valor para los accionistas o dueños del capital, para lo cual debe asegurar que las compañías sean administradas en el mejor interés de estos y se asume, comúnmente, que el mejor interés implica maximizar el valor de su inversión. Así, la administración (el agente) llevará a cabo sus deberes y labores con el objetivo de proteger el interés de los mandantes, esto es, de los accionistas. Quienes adhieren a esta forma de concebir el gobierno corporativo lo hacen aduciendo razones de causalidad y

[7] www.oecd.org/corporate/principles-corporate-governance.htm

[8] Mallin (2004).

otros de objetivos o finalidad. Los primeros indican que la prevalencia de los accionistas se explica sobre la base de la promesa que les hace a estos la administración de gestionar la firma en el mejor interés de ellos. Los segundos sustentan su apoyo a esta doctrina señalando que administrar las compañías en el mejor interés de los accionistas es más eficiente que hacerlo de cualquier otra manera[9], ya que si a la administración no se le da un único objetivo, que sea claro y medible –maximizar el valor para los accionistas– tendrían entonces una oportunidad para lo que se conoce como actos en el propio interés [10].

Por su parte, la concepción más amplia del gobierno corporativo, conocida como la teoría de los *stakeholders*, abarca un espectro más amplio de incumbentes y relaciones. Esta teoría fue planteada por Freeman en la década del 80, y luego reditada por el mismo Freeman en años posteriores[11]. De acuerdo con esta teoría, en vez de que la administración deba gestionar la compañía, exclusivamente, en el mejor interés de los accionistas, aquella debiera intentar, asimismo, equilibrar el interés de todos los *stakeholders*. En algunas versiones de esta concepción más amplia, tales *stakeholders* o terceros estarían integrados o reconocidos en la definición tradicional, sobre la base de acuerdos contractuales o legales con la compañía, aun cuando permanecerían en un papel secundario o postergado de cara a los intereses de los accionistas. La teoría de los *stakeholders* ha sido criticada desde distintas dimensiones. Desde su articulación, se ha cuestionado el alcance del concepto *stakeholders*[12]. Los grupos comúnmente identificados serían los accionistas, empleados, la comunidad, proveedores y clientes. Pero otros grupos también podrían tener interés en la compañía, tales como acreedores, las autoridades y la competencia, y lo cierto es que existe una gran diferencia en dónde se traza la línea, sin que se haya provisto una argumentación racional lo suficientemente sólida para explicar donde se dibujaría.

En los últimos años, más que intentar hacer competir una y otra noción, algunos autores, como W. Norman[13], han señalado que los *stakeholders* hoy deben ser considerados como una prioridad. Así, se trataría de una manera de percibir a la compañía que enfatiza cuán integrada o ligada está con un conjunto de relaciones y actores.

Si bien las dos visiones sobre el gobierno corporativo pueden intentar explicar por qué ha sido más o menos complejo integrar el concepto de sostenibilidad empresarial, que contiene el de integridad corporativa, en las culturas de las compañías, no resuelven la mayoría de los dilemas o problemas éticos

[9] Hansmann, y Kraakman (2001), pp. 439-468.

[10] Lynn (2002).

[11] Freeman, Wicks y Parmar (2004), pp. 364-369; Freeman, Wicks, Parmar y de Colle (2010).

[12] Orts y Strudler (2009), p. 605.

[13] Norman (2013).

presentes en la actividad empresarial. Lo anterior es, en parte así, porque las teorías sobre gobierno corporativo buscan explicar cuál es la finalidad de un sistema de gobernanza corporativa, sin ocuparse de las cuestiones éticas que han de observarse para conseguir esos fines. De esta forma, ninguna de las teorías debiera interpretarse de manera que el fin justifique los medios: no sería plausible sostener que los administradores deberán hacer todo lo que sea posible para maximizar el valor de los accionistas, y balancear los intereses de los *stakeholders*, respectivamente, a cualquier precio o costo, o en desmedro del actuar íntegro. En vez, estas nociones debieran interpretarse como que los administradores deben hacer todo aquello que es éticamente permitido para lograr tales fines, legítimos, y hacer que esa forma de hacer empresa permee en todos los niveles de la misma, de manera efectiva y profunda, lo que redunda, como señalaba Zingales, en una mayor rentabilidad del negocio y en la maximización del valor de la compañía para los accionistas, en el largo plazo. El buen gobierno corporativo que incorpora la sostenibilidad empresarial es así compatible con, e, incluso, constituye un *driver* para la maximización del valor para los accionistas en el largo plazo, pues conduce a mejorar las relaciones y a construir confianzas entre los colaboradores y la alta administración, con la autoridad y tiende puentes hacia nuevas oportunidades de negocios, toda vez que para el mercado este es hoy un estándar exigible para el otorgamiento de préstamos, la adjudicación de contratos, para atraer talentos, al tiempo que previene litigios y el compromiso de altos recursos destinados al pago de penas pecuniarias. Una estrategia de integridad corporativa modela las percepciones y prioridades de los empleados, generando una necesidad por una mejora continua.

## II. Bases para instalar una cultura de integridad corporativa en las empresas

En los últimos años, las empresas han tomado mayor conciencia de esta temática, haciendo que las áreas relativas a la ética y la integridad corporativa, como así también aquellas asociadas al cumplimiento normativo o al *Compliance*, experimenten profundos desarrollos, con grandes implicancias para las compañías. Esta transformación, en el ámbito mundial, ha surgido como una reacción a los grandes escándalos corporativos sucedidos, principalmente, a partir del caso Enron, pero también de la mano de una nueva percepción de cómo hacer negocios de cara al entorno, con capacidad de adaptación y con un genuino ánimo de relevar el papel del empresariado y de la actividad empresarial en general[14]. A través del conocimiento, impulso y aplicación de estas temáticas, las empresas buscan relacionarse de mejor manera con los

[14] Huntsman (2010).

*stakeholders*, prevenir la ocurrencia de estos sucesos y evitar la exposición tanto de la compañía como de sus ejecutivos a fuertes sanciones, al tiempo de reducir el riesgo reputacional asociado.

Asimismo, en muchas jurisdicciones, de la que Chile no es ajeno, la promesa de indulgencia o la existencia de presunciones de buena fe para aquellas empresas que, además de otros sistemas, cuenten con programas de cumplimiento bien estructurados, con capacitaciones y entrenamiento efectivos y con una certificación de los anteriores, bien establecida, también ha sido parte del impulso a este desarrollo.

Por su parte, la cada vez más compleja y creciente regulación aplicable a la actividad empresarial y a los mercados ha hecho necesario que ejecutivos, en todos los niveles de la organización, aumenten su grado de conocimiento y sofisticación en materias en las que, hasta hace algunos años, eran del dominio exclusivo de los abogados.

De esta forma, el ímpetu de las compañías por desarrollar programas de ética y cumplimiento ha crecido exponencialmente, aun cuando, en algunos casos, se observa un mayor correlato entre la instalación de una cultura de integridad corporativa y el cumplimiento normativo que en otros.

En el caso de los programas de cumplimiento o *compliance*, se observa que estos son, en su mayoría, diseñados por abogados y asesores expertos y persiguen, por lo general, prevenir, detectar a tiempo y sancionar, de manera ejemplificadora, las violaciones a la normativa aplicable. Sin embargo, establecer una cultura de integridad corporativa implica un esfuerzo mayor, que expande los horizontes más allá de evitar que se cometan conductas ilegales; importa una cuestión profunda, que trasciende la entrega de manuales de conducta a los colaboradores (detallando lo que pueden o no hacer), y que va mucho más allá de lo que las empresas declaran o comunican estar haciendo en esta materia. Más bien, supone crear un clima que incentive la autodeterminación hacia el cumplimiento y el comportamiento íntegro, lo que va más allá del *compliance*.

Al citar el estudio del profesor Zingales, señalábamos que no existe una correlación entre publicitar los valores de una empresa, ya sea en su sitio web corporativo o en foros públicos, con una mejor o peor percepción de la misma por parte de sus empleados. El que una compañía proclame preocupación por la integridad, no mueve la aguja respecto de la mayor o menor valoración que los empleados le otorgan a esa institución a este respecto, si esta proclamación no tiene un correlato real con lo que sucede al interior de la empresa. De hecho, estas empresas no son más susceptibles de ser consideradas más éticas que otras instituciones que ni siquiera mencionan la integridad como uno de sus valores o pilares. Así, cuando el énfasis es mayormente comunicacional, no se percibe cómo la estrategia agregaría valor. En cambio, cuando los empleados de una compañía perciben una fuerte cultura de integridad en la organización, más allá de lo de que se comunique,

eso se traduce –en el largo plazo– en una *performance* económica más sólida. Estos resultados, en el decir de la profesora Sapienza, dan a entender

> "que existe algún valor económico, tangible y medible, asociado con 'buenos' valores corporativos. Es más que una sensación, es tangible"[15].

Entonces, ¿cómo se crea ese clima de integridad? Existen diversos factores que debiesen ser considerados al diseñar una estrategia orientada a instalar y promover una cultura de integridad corporativa. En este artículo, nos referiremos particularmente a uno de ellos, dado que no hay dos voces en la doctrina sobre la incidencia de esta variable o factor en el éxito de la referida estrategia: para instalar los cimientos de una cultura de integridad corporativa en una compañía, resultan esenciales el compromiso y el liderazgo del directorio y de la alta administración. Es el directorio o consejo de administración el que debe establecer el tono, fijar las expectativas y erigir los estándares exigibles y aplicables a todos los niveles de la organización, de modo que los miembros de esta puedan tomar sus decisiones y realizar sus actividades siempre apoyados en tales principios, disponiendo de los recursos necesarios al efecto, y, en definitiva, liderando el proceso (que es siempre dinámico y evolutivo, por lo demás). Son los miembros de la alta administración, o un comité compuesto por algunos de ellos y altos ejecutivos de la compañía los que han de proveer el sustento y el apoyo constante a esta estrategia. Sin ese apoyo, será imposible establecer una cultura de integridad en la organización, o lograr adherencia por parte de los colaboradores.

Como decíamos en la sección introductoria, raramente los defectos o carencias de un solo individuo explican una mala praxis corporativa. Comúnmente, una práctica reñida con la ética involucra, de manera tácita, cuando no de manera explícita, la cooperación de diversas personas en la organización y refleja los valores, la actitud, las creencias, lenguajes y patrones de comportamiento arraigados en la compañía y que, en consecuencia, definen su cultura operacional. Por ello, se indica que la ética en este campo es tanto una cuestión personal como organizacional, de manera que es posible sostener que las organizaciones representan un papel muy importante al modelar las conductas de sus integrantes. Las *Pautas o guías federales para dictar sentencia respecto de organizaciones*[16], vigentes en Estados Unidos desde 1991, así lo reconocen cuando se comprueban faltas a la ética y la regulación en una empresa. Al efecto, señalan que la raíz de una conducta contraria a derecho en una compañía tiene directa relación con aspectos organizacionales y atingentes a su administración. Y es precisamente por esa relación que la estructura de multas establecida en las referidas *Guías*

[15] Guiso, Sapienza y Zingales (2015).
[16] Murphy (2002).

se construye, en parte, sobre la base de comprobar si la empresa involucrada en un caso como el descrito tiene o no sistemas y mecanismos destinados a prevenir las malas conductas, siendo más indulgentes, como es de suponer, con las organizaciones que los tienen. Lo anterior pues, a través de ellos, estas demuestran un compromiso o una aproximación con la problemática, sobre la base de la integridad y la ética en la actividad empresarial. La falla no sería una cuestión corporativa o tolerada por la organización; respondería a un hecho de carácter más bien aislado, y es por ello por lo que la multa a aplicar, cumpliéndose los exigentes supuestos de la *Guía*, sería menor

El directorio y los ejecutivos principales de una compañía que no ejercen un liderazgo apropiado para incorporar sistemas que faciliten y guíen el comportamiento ético de los colaboradores están soslayando la responsabilidad que en esta materia les cabe. Los administradores deben ser conscientes del importante papel que representan al modelar la ética organizacional y deben crear el clima y las oportunidades para fortalecer las relaciones de los colaboradores entre sí y con la compañía. La reputación, la confianza de los clientes y de la comunidad en general con la que interactúa la empresa y, en definitiva, el éxito de la compañía depende de eso. No ejercer esta responsabilidad implica, asimismo, exponerse a costosos litigios y eventualmente a severas sanciones, penales y pecuniarias, aplicables tanto a los representantes como a las empresas, así como al eventual cierre o disolución de las compañías en algunas jurisdicciones. Las fallas en esta materia son altamente costosas para las compañías, no solo por los costos reputacionales o pecuniarios directos, sino porque, además, puede implicar la pérdida de lo que se denomina la licencia social para operar, produciendo un problema de múltiples dimensiones y de larga duración en el tiempo, lo que tiene efectos no solo respecto del potencial operacional actual de la empresa, sino que también en su proyección hacia el futuro.

Una estrategia que persigue instalar y arraigar una cultura de integridad corporativa, en contraposición a una que solo releva el cumplimiento normativo, produce que las organizaciones se aferren a un estándar más robusto, basado en la autodisciplina o en el autogobierno de los individuos sobre la base de una serie de principios que guían y sustentan el actuar de quienes integran la empresa y que terminan por arraigarse en el quehacer y en el proceso de toma de decisiones de esos individuos. Así, el papel y desafío de la alta administración en esta materia consiste en definir y mantener vivos (y no solo declarar) los valores y principios de la compañía, junto con crear un ambiente que promueva el comportamiento con apego a esos valores, fomentando la responsabilidad de los empleados. De esta forma, los principios y valores serán los que modelen y guíen la búsqueda de nuevas oportunidades de negocios, el diseño de los sistemas organizacionales y el proceso de toma de decisiones al interior de una empresa. Serán la referencia y el común denominador a la hora de actuar, lo que es especialmente

relevante en empresas con un importante número de empleados y en que la figura individual del dueño o del gerente general, que pudiere ser muy carismático en estas materias, puede diluirse enormemente.

Sostener que el cumplimiento legal es el medio adecuado para hacerse cargo de un amplio espectro de asuntos éticos que pueden surgir día a día en el quehacer de una empresa sería errado o, a lo menos, miope. La idea de que una acción determinada, que una conducta en un determinado sentido es ética si es legal no pasa de ser un eslogan, que no refleja la realidad. Pensemos, para ilustrar el punto, que en la actualidad las empresas se desenvuelven en una economía globalizada e interactúan con actores localizados en jurisdicciones muy diversas entre sí. En algunas jurisdicciones, menos desarrolladas, es factible observar cómo se toleran, en el ámbito legal, situaciones que serían impensables en jurisdicciones más desarrolladas, en las que esas mismas situaciones se encuentran prohibidas. Como bien señaló Richard Breeden, quien fuera consejero en Comisión Nacional para el Mercado de Valores de los Estados Unidos (*Securities and Exchange Commission*): "No es un estándar ético adecuado el aspirar a que el día concluya sin ser objeto de una acusación o demanda"[17].

Sin perjuicio de lo anterior, es innegable que muchas iniciativas que buscan instalar la cultura de integridad en las empresas tienen elementos o instrumentos comunes con aquellas basadas exclusivamente en la instalación de una cultura de cumplimiento o *compliance*. Entre otras, pueden citarse los códigos de conducta, las capacitaciones a los colaboradores en determinadas materias legales, los mecanismos para investigar y reportar posibles infracciones, y los controles y la existencia de auditores para asegurar que la regulación, así como los estándares definidos por la empresa sean cumplidos. Sin embargo, la estrategia de integridad corporativa, como hemos venido mencionando, es más amplia y profunda que aquella relativa al establecimiento de un programa de cumplimiento. Persigue, como señalábamos, promover, desde el directorio y alta gerencia, el actuar responsable de los colaboradores a través de un esfuerzo dirigido a definir aspiraciones y responsabilidades, y así proveer el marco de acción bajo el cual se desenvuelve la compañía.

Considerando el cimiento base para la instalación de una cultura de integridad en las empresas, consistente en el compromiso de la alta administración con la materia, menester es señalar que las estrategias que las compañías adopten para implementarla son diversas, acordes con su realidad y necesidades y, desde luego, debieran ser flexibles para adaptarse rápida y dinámicamente a los cambios que las organizaciones experimentan de tiempo en tiempo. De esta forma, estas estrategias pueden variar en múltiples dimensiones, pero todas debieran aspirar a definir los valores que inspiran a la

[17] La frase original es la siguiente: "*It is not an adequate ethical standard to aspire to get through the day without being indicted*.", y fue extraída de Stanwick y Stanwick (2009).

compañía y el quehacer diario de los trabajadores y colaboradores, y cuáles son sus aspiraciones, de manera de ir modelando patrones de pensamiento y conducta. Cuando tales principios se integran eficazmente a las operaciones diarias de la empresa, es cuando realmente se está ayudando a prevenir el comportamiento errado, contrario a derecho o reñido con los valores organizacionales. Cuando se logra un giro en la percepción de los colaboradores, y se pasa desde una visión de la constante limitante, del obstáculo legal o de la camisa de fuerza a una en que la integridad y el cumplimiento son el *ethos* de una organización, podría decirse que se ha sido exitoso en la estrategia.

Muchas compañías han implementado este tipo de iniciativas durante la última década. Algunas comienzan haciéndose cargo del comportamiento, del comportamiento adecuado, especificándolo, y acompañando dicha particularización con capacitaciones, incentivos, auditorias y controles. Otras empresas se enfocan menos en llevar a cabo acciones puntuales y ponen el énfasis en el desarrollo de actitudes, en el proceso de toma de decisiones y en educar o reeducar la forma de pensar de sus trabajadores de manera que esta refleje los valores corporativos. El profesor de la Universidad de Chicago, Nick Epley, en su ponencia intitulada "Four Myths about Morality and Business"[18] señala:

> "Es un mito pensar que 'todos somos diferentes y que todo es relativo'. En realidad, lo que debe hacerse es enseñar a las personas una visión sobre lo que la organización estima como correcto e incorrecto, de manera de mostrar el valor relativo de los principios en relación con las decisiones".

Por ello, los líderes deben infundir en todas las actividades diarias consideraciones éticas y diseñar políticas y normas para que la ética constituya una máxima prioridad.

## III. Desafíos

Como hemos venido señalando, para instalar y sostener una verdadera cultura de integridad en las empresas se requiere más que una política de *compliance*, más que un código de ética o una declaración sobre los valores y aspiraciones de la compañía, publicadas en el sitio web. Ello, sin duda, puede significar un buen comienzo, pero no puede caerse en la complacencia de considerar que constituye el fin o una herramienta suficiente. En efecto, sendas declaraciones de valores y códigos de conducta no han salvado a conocidas compañías de involucrarse en los mayores escándalos corporativos de las últimas décadas.

[18] www.ethicalsystems.org/sites/default/files/files/Epley_MythsofMoralityEthSysConference.pdf

Y es que más allá de las buenas intenciones, las organizaciones –sin buscarlo de manera deliberada– se tropiezan con obstáculos que, irónicamente, ellas mismas han contribuido a crear, haciéndose, de esta forma, peligrosas zancadillas que constituyen el origen de futuros problemas y verdaderos desastres corporativos en algunos casos. Ello, pues, en muchas ocasiones, las organizaciones generan puntos ciegos, difíciles advertir y, en consecuencia, de controlar o, bien, crean ambientes o climas en que las personas se sienten inclinadas a tomar decisiones que en otro contexto jamás hubieran tomado[19]. Sobre este punto es preciso recordar que, para que se produzca un caso de defraudación a los consumidores o clientes o un acto de corrupción inicial, no se requiere necesariamente de personas viles o malvadas. En efecto, a partir del estudio de los casos relativos a los mayores escándalos corporativos de las últimas décadas, es posible concluir que, en prácticamente todos los casos, las personas que se involucraron en ellos eran personas comunes y corrientes (en oposición a viles o malvadas), muchas de ellas contaban con la confianza plena del directorio o los dueños del capital, y que tomaron muy malas decisiones, por las cuales debieron responder, por cierto. El estudio sobre cuáles son las consideraciones que impulsan esas malas decisiones es fascinante, pero trasciende el alcance de este trabajo. Sin embargo, hay cuestiones relacionadas con fallas institucionales o a las referidas zancadillas a las que nos referíamos que vale la pena mencionar a fin de prevenir caer en ellas. A continuación, señalaremos algunas[20], sin perjuicio de que, probablemente, el peor tropiezo es el escepticismo de muchos para abordar esta materia, con la profundidad que merece.

Una de las formas en que las empresas erran el camino se encuentra asociada al proceso para efectuar denuncias en caso de que un trabajador detecte una conducta indebida. Más allá de lo que las compañías declaren, si en lo concreto, los trabajadores perciben, a partir de las acciones u omisiones de la alta administración, que tras la denuncia habrá represalias o que la situación denunciada será, de alguna manera, ignorada o sepultada por la inercia, ya sea por no contemplarse plazos breves para resolverlas o porque no se producen consecuencias esperables cuando estas han sido comprobadas, lo que terminará por suceder es que los trabajadores inhibirán su ímpetu para levantar la voz.

Otro factor que puede generar conflictos en esta materia es la definición, por parte de la alta administración, sobre los objetivos de negocios y las metas trazadas para conseguirlos. En ocasiones, tales objetivos pueden resultar en extremo ambiciosos y poco realistas, o encontrarse en conflicto con otros objetivos de la compañía. Cuando esto ocurre, se podría perder la perspectiva y la real dimensión de las consecuencias de los actos. En deter-

[19] Carucci (2016).
[20] *Ibid.*

minadas oportunidades, el incentivo a hacer trampa se ve estimulado si está acompañado de una baja probabilidad de ser detectado en la comisión de la infracción, generando un ambiente propicio para la adopción de muy malas decisiones, cuyos autores intentan justificar en la consecución de un objetivo que aparece como imposible de conseguir por medios legítimos. Así, metas de venta que resultan inalcanzables en determinados momentos, junto con presiones excesivas para conseguirlas, combinadas con sistemas de compensación asociados al cumplimiento de las mismas, pueden nublar el juicio y crear un ambiente favorable para la adopción de malas decisiones.

Desde luego que no estamos implicando que en estas decisiones o diseños de estrategias de negocios exista una intención deliberada por parte de una empresa cualquiera, o de su administración, para presionar a los trabajadores para conseguir, a cualquier costo, los resultados esperados. No. Es, más bien, la falta de claridad o la ambigüedad con la que se plantea la organización en esta materia (respecto a lo que se espera de sus trabajadores, de lo que válidamente se espera que realicen para alcanzar esos objetivos), sumado a otros factores como clientes cautivos y en ocasiones ignorantes ante productos altamente complejos y sofisticados, como productos financieros, por ejemplo, lo que puede producir la tormenta perfecta. Cuando se da a entender que hay zona de grises, llena de matices, las posibilidades e interpretaciones pueden ser múltiples, y sin un claro eje o norte que sirva de guía, puede resultar fácil e, incluso, atractivo perderse en el bosque. En ocasiones, además, las conductas infractoras iniciales pueden significar un beneficio no solo personal sino, también, constituir una ventaja para la propia empresa lo que genera una sensación de exculpación, aunque sea en parte, en quien la ejecutó.

La reciente debacle en Wells Fargo es un ejemplo de lo anterior. Esta crisis le costó a la entidad financiera más de USD $185.000.000 en multas. ¿Qué sucedió? Más de cinco mil empleados abrieron más de un millón de cuentas fraudulentas o falsas para alcanzar la meta impuesta por el gerente general consistente en que los clientes del banco debían tener a lo menos ocho cuentas o productos abiertos con la institución, cuestión que resultaba como una meta inalcanzable por medios legítimos. Este tipo de fallas reflejan que, más allá de la responsabilidad individual de quienes se comprometieron en esas conductas ilegales, la que debe ser exigida con todo el rigor de la ley, la falla (considerando la magnitud) fue algo más que individual, pasando a ser sistémica de la organización. Como decíamos, los errores de juicio no reflejan ni permiten concluir que en casos como los de Wells Fargo existía una cultura organizacional orientada al engaño; lo que revelan, más bien, es que la cultura corporativa no era sensible o que, a lo menos, era indiferente a las consideraciones éticas involucradas o que no contaba con sistemas y estructuras capaces de detectar oportunamente la existencia de estos posibles dilemas y contradicciones y hacerse cargo de

ellos. Por el contrario, aquellas empresas que, a pesar de haberse cometido en su seno una infracción grave, son capaces de detectar prontamente el problema y asumen su responsabilidad con transparencia para evitar mayores daños, revelan, por lo general, que ese acto de asunción de responsabilidad no es fruto de una decisión individual de una persona o figura determinada de la compañía (quien resuelve actuar de la manera correcta), sino que es el resultado de múltiples decisiones, separadas en el tiempo y a veces, incluso, adoptadas en jurisdicciones diversas, en distintos niveles de la organización. Revelan que es el resultado de una forma de hacer empresa y esos son los casos exitosos de una cultura de integridad corporativa, pues es reflejo del ethos de la organización[21].

Otro error común en la materia y que presenta un desafío para las organizaciones es la sobre valoración de los castigos o sanciones aplicables. Qué duda cabe de que la disciplina constituye un elemento esencial de un sistema ético. Las penas justificadas y que son proporcionales a la infracción cometida resultan de suyo apropiadas a estas estrategias. Sin embargo, sobre enfatizar las sanciones puede resultar ser contraproducente, sobre todo cuando estas se consideran injustas a la luz de la situación. Sobre este tema, lo cierto es que existe una creencia popular consistente en que fuertes sanciones constituirían una valiosa herramienta para desincentivar la comisión de ilícitos; sin embargo, los estudios y evidencia en la materia, muestran lo contrario[22]. En más de una ocasión, premiar a quien mantiene y promueve una cultura de integridad en la empresa puede ser más ejemplificador que la promesa de un castigo ante una infracción.

De más está mencionar que a veces la falla o mala conducta se presenta como resultado de una contradicción entre lo que la alta administración o principales ejecutivos profesan como lo prohibido y permitido, y sus acciones concretas, pues revela una hipocresía que puede fácilmente ser imitada. Así, los altos ejecutivos deben ser cautos en no enviar señales erradas a los colaboradores. Los líderes, por cierto, no son infalibles, pero con sus actitudes, respuestas y ejemplo muestran el camino a seguir en la compañía y modelan comportamientos, de manera que deben ser conscientes de la responsabilidad que pesa sobre sus hombros en esta materia, sobre todo en cuanto a los mensajes, implícitos o explícitos, que envían, para que estos no se transformen en otro traspié en esta lista de desafíos y alertas.

Por último, los líderes en una organización no debieran dejar de prestar atención a lo que ocurre en la empresa a diario, más allá de lo que se declara. Nuevamente, la realidad supera las buenas intenciones. A nivel del discurso, la línea a seguir siempre será clara: se actúa con integridad y con apego a la normativa, pero, ¿ocurre así en la práctica? ¿Cómo las estructuras

[21] Carucci (2016).
[22] Hodges (2015).

dispuestas en la empresa contribuyen o no a dar cumplimiento a ese discurso? ¿Los esquemas de compensaciones, incluyen al *staff* correcto? ¿Hay quienes estén supervisando? ¿Quiénes son ascendidos en una compañía y por qué razones? ¿Cómo se sienten las personas respecto de la organización, se sienten motivados, orgullosos o no? ¿Qué opinan de sus jefaturas? Tal vez existen reglas (no escritas, por cierto) en la empresa que no reflejan lo que se espera a partir de los códigos de ética o conducta, pero que operan ya sea por inercia, por falta de control o porque están arraigadas en la forma de actuar de los colaboradores, y que es preciso descubrir a fin de que, cual maleza, puedan ser eliminadas de raíz.

## IV. Conclusiones

La distancia entre el discurso, lo que se declara y se muestra, con lo que ocurre en la realidad de una empresa puede ser abrumadora. Probablemente, el actuar bajo altos estándares de ética e integridad debe ser de las frases más comunes en los sitios web de la gran mayoría de las compañías y de sus declaraciones en foros y charlas. Muy atractiva y llamativa, pero que, en ocasiones, carece de un sentido real y resulta vacía en contenidos. Lo anterior no es deliberado, pues, en muchas oportunidades, existe un interés genuino por parte de las empresas por incorporar la integridad y la ética como un pilar de la cultura corporativa. Sin embargo, la falta de experiencia y conocimientos concretos sobre cómo llevar a cabo esta estrategia sin generar desconfianzas, unido al escepticismo de lo que tradicionalmente ha constituido la descripción del cargo de lo que debe hacer un gerente general o el directorio de una compañía, y los desafíos que planteamos en la sección anterior, juegan una muy mala pasada.

Las compañías se transforman en instituciones éticas, empleado a empleado, día a día, año a año, decisión a decisión[23]. Por ello, es importante conocer cuál es el estado en el que se encuentra la compañía en esta materia antes de iniciar cualquier estrategia, a fin de que esta tenga sentido y logre ser efectiva. Asimismo, se requiere de gran valor y una rápida organización de factores para hacer algo distinto de lo que hacen todos los demás y, cuanto antes pueda reunirse ese valor, mejor. En esto la organización empresarial versus otras organizaciones, tiene una gran ventaja al mostrar a lo largo de la historia una gran capacidad de adaptación y evolución. Como hemos indicado en este artículo, no se requiere de acciones grandilocuentes o costosas, pero sí de un esfuerzo constante y permanente para hacer de los estándares éticos la norma, esfuerzo que debe ser liderado por la alta administración, y que redita

[23] McLaverty (2016).

en el largo plazo no solo en beneficios económicos para la compañía sino que colabora en relevar su papel en la sociedad en tanto motor del crecimiento, emprendimiento y empleo, y en generar mejores relaciones con su entorno.

Las empresas se encuentran en un momento clave. Establecer una cultura de integridad, con miras a hacer las cosas bien, contribuye enormemente a todos los objetivos antes referidos. En este sentido, no debe olvidarse que la sostenibilidad empresarial, de la que la cultura de integridad es parte esencial, se traduce, en el mediano y largo plazo, en un sin número de innovaciones organizacionales, tecnológicas, de procesos y otras que reditan en retornos para las empresas. Por supuesto que presenta desafíos e implica que, probablemente, deberán repensarse ciertos modelos de negocios y procesos, pero no se trata de una tarea inabordable o que complote contra el interés de los inversionistas. En efecto, la evidencia demuestra que las empresas que se han anticipado en esta materia, cumpliendo con los mejores estándares globales en lo que se refiere a su gobierno corporativo y a sus procesos productivos, y que realizan un esfuerzo colaborativo, no solo han logrado producir ahorros importantes (al beneficiarse de la optimización de los procesos, entre otras), sino que han liderado el camino del cambio. El cumplimiento de mejores estándares se transforma así en una oportunidad competitiva y no es una carga.

## Bibliografía

Bainbridge, S.M. (2008): *The New Corporate Governance in Theory and Practice* (Nueva York, Oxford University Press).

Biegelman, Martin y Biegelman, Daniel (2008): *Building A World-Class Compliance Program, Best Practices and Strategies for Success* (John Wiley & Sons Inc.).

Carr, A.Z. (1968): "Is Business Bluffing Ethical?", en *Harvard Business Review*, Vol. 46 N°1: pp. 143–153.

Coase, R.H. Económica (1937): "The Nature of the Firm", en *Nueva Serie*, Vol. 4, N°16: pp. 386-405.

Deloitte (2013): "*Discard the Compass and Get a GPS*", The Risk Intelligent General Counsel Revive.

Freeman, R.E. (1984): *Strategic Management: A Stakeholder Approach* (Boston, MA Pitman)

Freeman, R.E.; J.S. Harrison, A.C. Wicks, B.L. Parmar y S. de Colle (2010): *Stakeholder Theory: The State of the Art* (Cambridge, Cambridge University Press).

Friedman, M. (1970): "The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits", en *New York Times Magazine*, September 13: pp. 32–33, 122–124.

Griseri, Paul y Seppala, Nina (2010): *Business Ethics and Corporate Social Responsibility* (South-Western Cengage Learning).

Guiso, Luigi; Sapienza, Paola y Zingales, Luigi (2015): "The Value of Corporate Culture", en *Revista de Economía Financiera Elsevier*, Vol. 117.

Hansmann, H. y R. Kraakman (2001): "The End of History for Corporate Law", en *Georgetown Law Journal*, Vol. 89 N° 2: pp. 439-468.

Jensen, M.C. (2002): "Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function", en *Business Ethics*, Trimestral Vol. 12 N° 2: pp. 235–256.

Kurer, Peter (2015): "Legal & Compliance Risk in a Global World-Nemesis or Catharsis", en *CEJ Compliance Elliance Journal*, Vol. 1.

McLaverty, McKee (2016): "What You Can Do to Improve Ethics at Your Company", en *Harvard Business Review*.

Miller, S. (2006): "Collective Moral Responsibility: An Individualist Account", en *Midwest Studies in Philosophy*, Vol. 30 N°1: pp. 176–193.

Moorhead, Richard y Vaughn, Steven (2014): "Legal Risk; Definition, Management and Ethics", en *Centro para la Ética y la Ley, Universidad de Birmingham*.

Moriarty, Jeffrey (2017): "Business Ethics", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edición de Otoño.

Murphy, Joseph y Leet, Joshua (2007): "Building a Career in Compliance and Ethics", en *Society of Corporate Compliance and Ethics*.

Norman, W. (2013): "*Stakeholder Theory*", en H. LaFollette (ed.), *International Encyclopedia of Ethics* (Wiley-Blackwell).

Orts, Eric W. y Alan Strudler, (2002): "The Ethical and Environmental Limits of Stakeholder Theory", en *Business Ethics*, Trimestral, Vol. 12 N° 2: pp. 215–233.

Orts, Eric W. y Alan Strudler (2009): "Putting a Stake in Stakeholder Theory", en *Journal of Business Ethics*, Vol. 88 N°4: pp. 605-615.

Paine, Lynn S. (2011): "Capitalism at Risk: Rethinking the Role of Business", en *Harvard Business Review Press.*

Sampford, Charles (2009): "Institutional Issues Involving Ethics and Justice", en *Building Ethics into Institutions*, Vol. iii.

Stout, L.A. (2002): "Bad and Not-so-Bad Arguments for Shareholder Primacy", en *Southern California Law Review*, Vol. 75 N° 5: pp. 1189–1210.

Syrett, Michael y Devine, Marrion (2012): "Managing Uncertainty", en *London Economist and Profile Books.*

Weiss, Joseph W. (2009): *Business Ethics, A Stakeholder & Issues Management Approach* (Quinta Edición, South-Western Cengage Learning).

# INCLUSIÓN DE DELITOS AMBIENTALES EN EL ESTATUTO DE ROMA

# INCLUSION OF ENVIRONMENTAL CRIMES IN THE ROME STATUTE

*Raúl F. Campusano Droguett*[*]
*Luis Hernán Acevedo Espínola*[**]

Resumen: En el presente texto buscaremos defender la tesis de la inclusión restringida de delitos medioambientales como crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Para ello, comenzaremos con algunos comentarios generales respecto de la posibilidad de incluir nuevos delitos en el Estatuto de Roma y de la regulación internacional del ambiente. Seguido de lo anterior, contrastaremos esta idea con el principio de lesividad atendiendo, particularmente, al tipo de delitos que son de competencia de la Corte, comentaremos los aspectos de la faz subjetiva o la culpabilidad y algunos aspectos en relación con quienes serían los sujetos activos del delito, y con la posibilidad de inclusión de la persona jurídica. Todo ello se hará para fundamentar que la inclusión restringida de este tipo de delitos no provocaría un quiebre del sistema penal internacional. Por último, nos detendremos en dilucidar si correspondería tratarlo como un delito autónomo o bien como una conducta específica dentro de otro crimen ya establecido, para finalizar con algunas conclusiones.

Palabras clave: Delitos Medioambientales - Estatuto de Roma - Sistema Penal Internacional - Principio de Lesividad - Culpabilidad - Persona Jurídica - Delito Autónomo.

Abstract: Restricted Inclusion of Environmental Crimes in the Rome Statute. In this text we want to defend the idea of a restricted inclusion of environ-

[*] Abogado, Master en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Profesor titular Derecho Internacional Público y Privado, UDD. Director Académico, Magister en Derecho Ambiental UDD. Correo electrónico: rcampusano@udd.cl

[**] Abogado, Universidad del Desarrollo. Cursando Magíster Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales. Ayudante de Derecho Internacional Público, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: luishacevedoe@gmail.com

mental crimes in the Rome Statute of 1998. To do that, we begin with some general comments about the inclusion of new crime types at the Rome Statute and the international regulation of environmental issues and then, we contrast this idea with the principle of lesivity, principle present in the four crime types already included in the Rome Statute. After that, we contrast this idea with the culpability theory required by the Rome Statute and with the possibility of include companies as author of this kind of crimes. We suggest that a restricted inclusion of this kind of crimes will not affect the harmony and consistency of the international criminal system. Finally, we comment that this restricted inclusion may be construed as a new crime type or as a new conduct in a crime type already included in the Rome Statute. We finish this text with some proposals.

Keywords: Environmental Crimes - Rome Statute - International Criminal System - Principle of Lesivity - Culpability - Enterprise - New Environmental Crime.

* * *

## Introducción[1]

El 15 de septiembre del año 2016, la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional publicó un documento sobre selección y priorización de casos. En el párrafo 41 del documento, se establece que la evaluación del impacto de los crímenes podrá hacerse, *inter alia*, de acuerdo con el daño ambiental que se inflija a las comunidades afectadas. En ese contexto, la Oficina del Fiscal dará particular consideración en la persecución de crímenes establecidos en el Estatuto de Roma que provoquen, *inter alia*, la destrucción del ambiente, la explotación ilegal de recursos naturales o el despojo ilegal de tierras[2].

[1] Queremos dar las gracias al profesor de Derecho Penal de la Universidad del Desarrollo, Alejandro Leiva, por sus comentarios y sugerencias respecto de las primeras versiones de este trabajo. También queremos expresar gratitud por los comentarios del profesor Pablo Ortiz. Ambos académicos son profesores del Curso de Derecho Penal y Medio Ambiente del Programa de Magister en Derecho Ambiental UDD. También al profesor de la Facultad, Gonzalo de la Cerda. Los temas aquí tratados son discutibles y discutidos y valoramos su aproximación crítica. Por cierto, toda responsabilidad de lo escrito es solo de los autores.

[2] El párrafo mencionado dispone lo siguiente: "41. The impact of the crimes may be assessed in light of, inter alia, the increased vulnerability of victims, the terror subsequently instilled, or the social, economic and environmental damage inflicted on the affected communities. In this context, the Office will give particular consideration to prosecuting Rome Statute crimes that are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land". International Criminal Court (2016).

De esta forma, la Corte ha comenzado a abrir un espacio de reflexión y discusión sobre la viabilidad y conveniencia de incorporar la variable ambiental entre sus consideraciones. Siguiendo esa línea, parece interesante explorar la posibilidad de incorporar, de manera restringida y acotada, la variable ambiental como tipología punible[3].

Así, la hipótesis que pretendemos defender en esta oportunidad se refiere a la posibilidad de incluir los delitos ambientales como nuevos delitos de competencia de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), para lo cual, evidentemente, se requiere, en primer lugar, dilucidar si es posible o no la modificación del Estatuto de Roma (en adelante, ER) en el sentido de incluir un nuevo delito, pues, si fuere un tratado que no admite modificación en dicho sentido, no tendría razón de ser plantearse la posibilidad de incluir un nuevo delito[4].

[3] Durante una visita a la Corte Penal Internacional en la ciudad de La Haya, en septiembre 2017, en el contexto de una actividad académica realizada por el curso del Programa de Magíster en Derecho Ambiental UDD, tuvo la oportunidad de conocer algunos aspectos sobre la reflexión que está teniendo lugar entre los oficiales de la Corte en relación al tema ambiental y ecológico, y que es nutrida por el aporte académico actual en la materia. Por cierto, las conversaciones con académicos y con oficiales de la Corte se dieron en un contexto académico, informal y meramente informativo de la evolución de esta reflexión, siendo el Policy Paper de 2016, de la Oficina del Fiscal el único texto e información oficial presentada. Por todo el apoyo en la visita, se desea expresar la mayor gratitud y reconocimiento a Almira Kokambayeva, del Departamento ICC-Visits, y Juan Pablo Calderón Meza, Associate Legal Officer at International Criminal Court. También se extiende este reconocimiento a la Embajadora María Teresa Infante y a la funcionaria diplomática María Olivia Cook, quienes hicieron posible la visita.

[4] Para algunos participantes de nuestra comunidad académica relacionada con el Derecho Penal Ambiental Internacional, la hipótesis del trabajo parece poco viable, ya que la Corte está vinculada, principalmente, a la persecución de crímenes cometidos por Estados. El Derecho Penal del Medio Ambiente, sin perjuicio de que sus efectos pueden generar afectaciones a diversas comunidades, posee una lógica diversa, al ser privados quienes, generalmente, los cometen. Desde la perspectiva del Derecho Internacional, algunos estiman que el camino va en coordinar las legislaciones y en el atribuir a los Estados competencia en materia de persecución penal respecto de los delitos que tengan efectos en su territorio, ello a pesar de que la fuente de la contaminación se encuentre en otro estado. Iniciativas como la directiva europea en materia de delitos contra el ambiente y convenios de cooperación internacional parecen ser, de acuerdo con esta mirada, herramientas idóneas para hacerse cargo de los efectos transfronterizos de los delitos ambientales. En este sentido, se encuentran los profesores Alejandro Leiva y Pablo Ortiz. Los autores comparten estas aprehensiones y miradas, pero estiman pertinente explorar la hipótesis contraria, de acuerdo con lo que se desarrolla en el artículo. La posibilidad de considerar aspectos relacionados con el ambiente y los recursos naturales, abierta por el Policy Paper de la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, da cuenta de una discusión muy interesante sobre la materia que se está desarrollando actualmente y que podría generar nuevas concepciones jurídicas más acordes con los desafíos que presenta para el derecho tradicional los escenarios levantados por el ambiente y la ecología.

*Posibilidad de Enmienda*

Los crímenes que actualmente son de competencia de la CPI conforme al art. 5 del ER son solo cuatro, a saber: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de genocidio y crimen de agresión. Además de ellos, el art. 70 del ER incluye como otras figuras a aquellos delitos contra la administración de justicia, particularmente, referidos al sistema penal internacional, sin que sea este un crimen nuclear internacional como los otros cuatro.

Estos cuatro son los llamados *crímenes nucleares internacionales*, categoría que los diferencia de los crímenes simplemente transnacionales. La diferencia radica, entre otras razones, en el párrafo primero de dicha disposición (art. 5.1 del ER), pues la característica de estos delitos radicará en la grave trascendencia que tienen para la comunidad toda, a diferencia del delito transnacional cuya gravedad importa a los Estados involucrados, pero no a la comunidad toda. Sobre esto profundizaremos al contrastar nuestra tesis con el principio de lesividad[5].

Por de pronto, destaquemos que hay ciertos tipos de delitos que escapan de la competencia de la CPI, como son el crimen organizado en general, el narcotráfico o la trata de personas o de armas, o aun actos de terrorismo o delitos políticos propios, todos los cuales, en general, quedan excluidos por ser delitos transnacionales mas no nucleares internacionales o, bien, porque hay discrepancias políticas tanto en la manera como han de ser elaborados sus respectivos tipos penales como en la forma de combatir dichas conductas.

El ser delito transnacional impide que sean incluidos como crímenes nucleares internacionales, mientras que los problemas de configuración del tipo penal o el problema sobre como combatir la conducta en cuestión dificulta el acuerdo político que genere la norma, pero no impide que sean incluidos.

Uno de estos delitos excluidos es, precisamente, el que nos convoca para este texto: el delito medioambiental. La pregunta, por lo tanto, será sobre la posibilidad de que sea incluido no como delito transnacional sino como nuclear internacional, dentro del Art. 5 del ER o como conducta específica dentro de otro crimen ya establecido y, en cualquiera de ambos casos, cuáles serían los límites para que dicha inclusión no provoque un quiebre del sistema penal internacional.

En este sentido, lo primero a dilucidar, como ya mencionamos, es si es posible la enmienda al art. 5 del ER con el objetivo de incluir un nuevo

[5] Sobre la diferencia entre los delitos transnacionales con los nucleares, véase Ambos. Véase también comentando en relación con los delitos de terrorismo como delito transnacional, Campusano y Acevedo (2017) Véase también, sobre los crímenes incluidos y aquellos excluidos, Monge Rodríguez (2016).

delito o, bien, la enmienda a alguno de los demás artículos que establecen en qué consisten cada uno de los cuatro crímenes hoy sancionados por el ER.

Al respecto, el mismo ER regula las enmiendas que se le podrían formular, en las cláusulas finales, particularmente, en los arts. 121, 122 y 123[6]. Así, se establece que las enmiendas comenzarán a regir luego de siete años de aprobada por 2/3 de los Estados partes de la Asamblea General, pero debemos distinguir sus efectos en relación con los Estados opositores (hasta 1/3, toda vez que si superan ese porcentaje la reforma no es aprobada) según la materia o disposición objeto de la enmienda.

En primer lugar, en caso de que la modificación o enmienda sea respecto de normas institucionales (incluye normas orgánicas y procedimentales), la enmienda regirá para todos sin importar si el Estado en cuestión se opuso, aplicándose plenamente la regla establecida con anterioridad sobre el quórum y la vacancia legal.

En segundo lugar, si la enmienda se refiere a otras materias no institucionales (Derecho Penal Internacional sustantivo), también regirá para todos una vez aprobada con el quórum exigido y en la vacancia legal mencionada, pero se da la opción para el Estado que no estaba de acuerdo con la modificación, de retirarse del tratado con efecto inmediato, modificando el efecto retardado que por regla general se aplica del retiro.

En tercer lugar, si la enmienda se refiere al art. 5 del ER (establece el listado de crímenes nucleares internacionales de competencia de la CPI) la modificación regirá solo para los Estados que la aprueben, manteniéndose el tratado como estaba antes de la enmienda para los demás Estados, de modo que no se le aplicará la modificación si el crimen que se incluye fue cometido por un nacional suyo o en su territorio, y podrían haber ciertos problemas en relación a las normas procesales de cooperación, entre otras.

Observando estas disposiciones, las dos últimas situaciones son las que nos debieran llamar la atención, pues permiten la inclusión de un nuevo delito, particularmente la tercera situación o, bien, permitiría la modificación de un crimen ya establecido sin modificar por ello el listado de delitos del art. 5, como sería la segunda situación.

Esto será comentado con mayor detalle en el último apartado del presente trabajo sobre la conveniencia de que la inclusión restringida sea como delito autónomo o como una nueva figura dentro de un delito ya sancionado por el ER y de competencia de la CPI como crimen nuclear internacional.

Basta por señalar, por ahora, que la posibilidad de enmendar el ER para incluir un nuevo delito está regulada por el mismo tratado, siendo una opción posible, siempre y cuando se obtenga el voto de 2/3 de los Estados partes en la Asamblea y rigiendo luego de siete años de una vez aprobada.

[6] Para más detalles sobre el sistema de enmiendas y cláusulas finales en el Estatuto de Roma, véase Jarrasch (1999), pp. 141-171.

La discusión estará centrada en el efecto respecto de los Estados opositores a la enmienda, que por quórum no sobrepasarían los 1/3 de los Estados partes en la Asamblea, pero que habría que distinguir según si la modificación es al listado de delitos del art. 5 o, bien, a otro artículo que describa el crimen ya sancionado e incluido en el listado del art. 5, cuestión a analizar en el último apartado como *criterio de conveniencia*.

*Regulación General e Internacional del medio ambiente*

Comentemos ahora la regulación en general del medio ambiente en el ámbito internacional.

Como sabemos, la preocupación internacional sobre el medio ambiente ha ido en crecimiento, al igual que los instrumentos internacionales al respecto. Destaquemos, en esta medida, que los tratados internacionales ambientales son innumerables; como bien lo menciona Matus, hay quienes sostienen que serían más de cuatro mil, de los cuales ciento cincuenta y dos tendrían pretensión de ser de carácter universal y otros que sostienen que serían cuarenta solo como punto de partida para comenzar a estudiar el Derecho Internacional Ambiental. Llanos señala que son más de setenta y la entonces Comisión Nacional de Medio Ambiente, actual Ministerio del Medio Ambiente en Chile, los ha numerado en aproximadamente veinte como aquellos relacionados de manera directa con Chile[7].

Asimismo, no solo han aumentado los instrumentos internacionales en sí mismos sino que, también, el alcance de sus disposiciones con el objetivo de obligar a los Estados en cuestión a limitar sus contaminaciones y a promover un medio ambiente libre de contaminación e incluso garantizarlo[8].

[7] La información indicada se extrae de la nota al pie de página en Matus (2011b), p. 240.

[8] La creciente conciencia sobre los desafíos que presenta la protección y promoción de un medio ambiente sano, y que se gatilla desde la segunda mitad del siglo xx, tiene como puntos de inflexión las cuatro cumbres globales de medio ambiente: Estocolmo en 1972, Rio de Janeiro en 1992, Johannesburg en 2002 y Rio de Janeiro en 2012. Convenciones y documentos políticos de la mayor importancia han resultado de estas cumbres, destacando la de Rio de Janeiro de 1992 que produjo la Convención de Cambio Climático, La Convención de Diversidad Biológica, la Agenda XXI, y la Declaración de Principios de Rio, entre otros. En paralelo a las cumbres señaladas, durante ese período han tenido lugar eventos de la mayor relevancia como la publicación del libro *Silent Spring* de Rachel Carson y *Our Common Future* de la Comisión liderada por Gro Harlem Brundtland. Ambos textos han tenido la capacidad de orientar y dirigir la agenda política y legislativa ambiental global y se suman a un número significativo de libros y documentos publicados por numerosos autores que han abordado la temática ecológica desde diversos ángulos y perspectivas. Diversos eventos desastrosos durante el periodo también han tenido la capacidad mencionada. Entre ellos: Minamata, Seveso, Bhopal, Chernobyl, EXXON Valdés, etc. Y también, la conformación y desarrollo de diversas doctrinas, aproximaciones y escuelas de pensamiento, como el conservacionismo, el

Al respecto, llamamos la atención que las obligaciones que establece el Derecho Internacional Ambiental a los Estados se enmarcan no solo en la reducción de contaminantes, sino que en ciertos cambios legislativos en orden a una protección ambiental más efectiva, que incluye sanciones y un sistema ambiental, aunque no necesariamente en el ámbito penal.

Algunas disposiciones en particular buscan incluir la protección penal medioambiental, así como las recomendaciones que sobre el particular dio la OCDE a Chile en su oportunidad, aunque, como bien lo destaca Matus, el gran problema de la actual regulación chilena sobre delitos ambientales es su carácter asistemático, punto que también desarrolla Garrido Montt y Castro, pues los delitos actualmente existentes se refieren a figuras específicas como el envenenamiento de las aguas, el suministrar sustancias nocivas para la población o, agregamos, el delito de incendio, entre otros, mientras que la responsabilidad en cuanto al sistema medioambiental queda restringido más bien al ámbito administrativo y civil, conforme a la ley Nº 19.300. Esto se pretende mejorar en el *Anteproyecto de Código Penal* conforme a lo reseñado por el mismo autor[9].

Pero en materia internacional, destaquemos como uno de los instrumentos más novedosos al Acuerdo de París adoptado en la última Cumbre sobre Cambio Climático, para efectos de limitar las emisiones de gases de

preservacionismo, la ecología profunda, el eco-feminismo, el eco-radicalismo, el biocentrismo, la propuesta de otorgar ciertos derechos a seres vivos no humanos y a ecosistemas, etc. Además de las convenciones ya mencionadas, cabe destacar la relevancia y efecto que han tenido y tienen las siguientes convenciones multilaterales: Convención RAMSAR para la protección de humedales, Convención CITES para la regulación del comercio de especies amenazadas de flora y fauna, la Convención CMS para la conservación de especies migratorias de animales silvestres, la Convención para la protección de la capa de ozono, la Convención de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes, la Convención de Rotterdam sobre consentimiento informado previo, la Convención de Basilea sobre transporte transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación, y muchas otras. También es relevante mencionar la institucionalidad ambiental internacional encabezada por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente PNUMA, y las atribuciones en materia ambiental de otras organizaciones como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD y el Programa de Naciones Unidas para la alimentación y la agricultura, FAO. También procede mencionar el conjunto de principios de Derecho Ambiental establecidos principalmente en la Declaración de Principios de Estocolmo, de 1972 y la Declaración de Principios de Río, de 1992. En materia jurisprudencial, cabe recordar los casos ante la Corte Internacional de Justicia Gabcikovo V. Nagymaros, entre Hungría y Eslovaquia, y el caso papeleras, entre Uruguay y Argentina. También la opinión consultiva de la Corte en relación con pruebas nucleares. Y el caso que no prosperó sobre contaminación aérea transfronteriza entre Ecuador y Colombia, ya que las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial. En el caso Gabcikovo, cabe destacar la opinión separada del juez Christopher Weeramantry en la que profundiza en el concepto de desarrollo sustentable, proponiendo considerar principios y valores más allá del derecho occidental originado en Europa. Textos recientes como *Esto lo cambia todo* de Naomi Klein, también pueden ser destacados.

[9] Para más información sobre estas materias en el caso del Derecho chileno, véase ídem, pp. 233-281 y Garrido y Castro (2010), pp. 125-157.

efecto invernadero de los diversos Estados (no solo de los pequeños sino que, más aun, de los Estados considerados potencias, sea por su economía, envergadura, poderío militar o demografía).

Un tema que llama la atención en este sentido es la prohibición de reservas que suelen utilizar estos mismos instrumentos, pues con dicha institución los Estados suelen evadir lícitamente obligaciones, con lo que disminuye la eficacia del instrumento en su totalidad. Por esta razón, las reservas se encuentran severamente limitadas en materia internacional ambiental, al igual que la prohibición general de reserva del ER pese al régimen de competencia que se consensuó[10].

Ahora bien, los mayores problemas al respecto se han reflejado en el cómo obligar a los Estados a disminuir la contaminación más que a promover una limpieza del ambiente, de modo que son normas que, tradicionalmente están encaminadas a la protección del bien o interés tutelado más que a garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, pese a que sea reconocido como tal y el objetivo ideal sea dar el siguiente paso hacia acciones que no solo no contaminen sino que reparen los daños medioambientales (sin que sea necesario acudir a la responsabilidad internacional por incumplimiento del tratado, sino como acciones previas a dicha responsabilidad, la cual surge a partir de una vulneración que ya habría ocurrido, mientras que la prevención la evita).

Existen numerosas doctrinas, corrientes filosóficas y aproximaciones al tema ambiental relacionadas con el derecho y las políticas públicas. Haciendo una simplificación para estos efectos, es posible una corriente biocéntrica que pone el acento en toda la vida en el planeta, y una corriente antropocéntrica que pone al ser humano y a sus intereses al centro de la preocupación ambiental. Ambas miradas comparten su interés en la protección de los ecosistemas del planeta y el interés por las generaciones futuras[11].

En general, se contraponen a estos intereses el objetivo económico de los Estados o de las empresas, así como una conducta imprudente o negligente hasta en el uso doméstico, sea de la energía o en la actividad industrial, según la actividad que se trate. Esto se traduce en el principio del derecho al desarrollo económico de los pueblos. La síntesis entre el imperativo de protección del planeta y el derecho al desarrollo económico se presenta a través del concepto de desarrollo sustentable, acuñado en la década de 1980 por la Comisión Bruntdland[12].

---

[10] Sobre el régimen de competencia, diferente a las reservas, véase Bergsmo (1999), pp. 173-203 y Kaul (1999), pp. 205-225.

[11] En general véase Campusano (2012a); Campusano (2010); Campusano (2010) y Campusano (2006).

[12] En general véase Campusano (2015); Campusano (2014); Campusano (2012b); Campusano (2012 c); Campusano (2011).

En paralelo, se han levantado otras corrientes que proponen el concepto de daño socialmente tolerable. Esta mirada, observando la necesidad de contaminar para efectos del uso doméstico o por razones industriales y productivas o de economía estatal, ha buscado reducir dicha contaminación a niveles tolerables y razonables para el fin que lo justifica, conforme a lo determinado por el mismo Estado como un daño *socialmente tolerable* con el objetivo de proteger el medio ambiente, pero permitir, al mismo tiempo, el desarrollo socioeconómico[13].

Así, en el ámbito de industria y empresa se adoptan modelos de *compliance* y gobierno corporativo en materia ambiental, acorde a una responsabilidad social empresarial, mientras que, en el ámbito estatal, se adoptan legislaciones o tratados internacionales o acuerdos, entre otros, para reducir la contaminación a lo estrictamente necesario e ir disminuyéndolo a medida que se avance en vías de lograr los mismos objetivos por otros medios. En el ámbito doméstico, finalmente, se ha generado cierta consciencia de un uso razonable de las energías o de las acciones contaminantes que se realicen.

De esta forma, hoy, la comunidad internacional se sitúa, en su expresión dominante, en una corriente antropocéntrica en busca de asegurar un derecho humano, asegurar un medio ambiente sano para generaciones futuras, pero reconociendo la necesidad del desarrollo económico y, en dicha medida, buscando que los impactos negativos al medio ambiente sean evitados, disminuidos y compensados[14].

Ahora bien, en materia penal internacional el análisis exige cierto detalle, pues, como explicaremos, no toda infracción a un acuerdo internacional sobre el ambiente provocaría un delito medioambiental, sino solo aquellas acciones u omisiones dolosas cometidas por personas naturales que ejerzan un cargo de decisión en su correspondiente Estado, por Estados o personas jurídicas de envergadura por la ausencia de medidas de prevención, dirección y control o por ambas, y que, en cualquier caso, sean realmente dañosas para con el medio ambiente, que provoque un peligro grave en la integridad y vida de la población o, bien, su libertad, exigiendo el resultado en concreto y con el nivel de daño equiparable a los demás crímenes nucleares internacionales, tema que abordaremos en el próximo apartado.

Cabe señalar que este estándar que sostenemos como exigencia, por ejemplo, en el resultado, lo es en relación con Derecho Penal Internacional, materia que es aparte a la regulación penal ambiental que adopte cada Estado en cuestión, de modo que internamente los Estados pueden sancionar conductas contra el medio ambiente con una regulación un tanto más flexible, siempre y cuando mantengan el respeto a los principios penales y garantías constitucionales.

---

[13] Sobre el mismo razonamiento y explicación, véase Garrido y Castro (2010), pp. 125-157.

[14] En general, véase Campusano (2013).

De esta forma, es perfectamente posible que, mientras en el ER se regule como un delito especialmente grave dadas las altas exigencias que defendemos en cuanto al resultado o al dolo o al sujeto activo, en las legislaciones nacionales se exija un margen inferior, o figuras culposas, respetando en igual caso el principio de lesividad o proporcionalidad, entre otros. Acá nos centramos, en cambio, solo en el delito ambiental de carácter internacional nuclear, con estándares más exigentes, según sostenemos[15].

## Análisis del delito ambiental con el estándar del estatuto de Roma del principio de lesividad, *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad[16]

El Derecho Penal está establecido sobre la base de tres funciones: primero, una función protectora de bienes jurídicos; segundo, una función garantista de límite al Poder Estatal frente al ciudadano; y tercero, una función canalizadora para la resolución de los conflictos jurídico penales, evitando la autotutela en una materia en la cual, si se permitiera, los resultados serían extremadamente dañosos[17].

[15] En relación con el Derecho Comparado, por ejemplo, en la regulación de Alemania, España y Brasil, o en EEUU, véase Matus (2011a), pp. 233-281. En estos países, como en la mayoría de los que sancionan los delitos medioambientales como tales, sean bajo una respuesta general en sus códigos penales o por leyes penales especiales, la tipicidad cumple con los requisitos de sus propias constituciones, pero ciertamente son más flexibles que la postura que acá defendemos, pues según sostenemos, en el ER la exigencia debe ser mayor. Así, en España o Alemania la gravedad del resultado puede ser una agravante, en Chile se fijaría como extensión del daño producido por el delito para efectos de determinación de pena, o en Brasil donde se admite la comisión culposa, así como también en EEUU. Acá, en cambio, sostenemos que no podría admitirse la comisión culposa y la gravedad del daño no sería agravante sino que derechamente elemento del injusto, toda vez que la exigencia en materia penal internacional es mayor que la exigencia en materia penal interna, sin perjuicio de que ya se exija un estándar elevado en materia interna. También para un análisis de los delitos medioambientales en el Derecho Penal comparado, pero centrado en el problema en la competencia y jurisdicción, véase Ruiz (2003). En este texto, el autor plantea el problema relativo a la aplicación de las teorías de la competencia en cuanto a la actividad, resultado o ubicuidad en los delitos medioambientales, pues el resultado se extiende a más espacios pudiendo provocar un efecto extensivo e indeterminado de cuál sería el Estado con competencia en el asunto. Hacemos notar a este respecto, que la tesis que defendemos en el presente texto podría superar dicho problema, aunque no respecto de aquellas figuras que no cumplan con la gravedad que estimamos debe concurrir para que el delito medioambiental esté incluido en el ER.

[16] Sobre un análisis de contraste entre el delito medioambiental en el contexto internacional y los principios del Derecho Penal Internacional, véase Monge (2016).

[17] Cabe hacer notar que, según Juan Ignacio Piña, la función del Derecho Penal estaría en el cumplimiento de las expectativas sociales y normativas de la sociedad para con el Derecho Penal, tanto en caso de condenar como en el caso de absolver, de modo que la expectativa se

Para el cumplimiento de dichos fines, la dogmática penal ha evolucionado en la elaboración de ciertos principios, que funcionan tanto para fundamentar el ejercicio del *Ius Puniendi* o facultad de hacer efectiva la responsabilidad penal por parte del Estado, como también para limitarlo.

Von Liszt señala, por ejemplo, que "el Derecho Penal es la carta magna del delincuente" que, pese a los errores lógicos de dicha frase, pues infringiría el principio de presunción de inocencia, el punto que quiere destacar el autor es que el Derecho Penal también cumple una función garantista, limitando el poder del Estado frente al ciudadano y no solo una función protectora de bienes jurídicos[18].

En los Estados modernos, usualmente caracterizados como Estados de Derecho, Social y Democráticos, estos principios han surgido de cada una de esas características para cumplir dichos fines. Así, como Mir Puig lo destaca, del Estado de derecho surge el principio de legalidad, del Estado social surge el principio de lesividad y los caracteres de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho Penal, y del Estado democrático surgen los principios de culpabilidad, proporcionalidad, resocialización y humanidad[19].

En materia penal internacional, como el Estatuto de Roma es un tratado internacional que proyecta los caracteres de los Estados en cuestión, es posible afirmar que dichos principios también tendrían que fundamentar la regulación así como limitar el ejercicio del *ius puniendi*, pese a la inexistencia de un soberano, de manera que resulta necesario, a nuestro parecer, contrastar la idea de incluir los delitos medioambientales en el ER con los principios antes mencionados. También es posible sostener que estos principios efectivamente, rigen en esta materia considerando la importante influencia que tuvieron los penalistas en la elaboración del ER[20].

---

cumpliría, en el primer caso, en conexión con la teoría preventivo general de la pena ratificando el valor del ordenamiento jurídico mediante la sanción, mientras que en el segundo caso como un cumplimiento de la expectativa social de no sancionar en los casos en que no corresponde, que se conecta con los principios limitadores del *Ius Puniendi*. Creemos, sin embargo, que esta segunda postura sobre la función del Derecho Penal no cambia el razonamiento que exponemos en el texto, de modo que basta con mencionar esta interesante tesis, pero prefiriendo continuar el análisis como lo hacemos. Para mayor detalle sobre esta tesis véase Piña (2010), pp. 295-313. Para la tesis de la función protectora y garantista, véase Mera (1998); Ferrajoli (2011); Roxin (2015); Cury (2005); Politoff, Matus Y Ramírez (2015) y Novoa (2005), entre otros, algunos de los cuales con un análisis particular sobre la materia y en otros de los que se puede inducir un razonamiento similar.

[18] Sobre el comentario de Von Liszt y su análisis, véase Rettig (2010).

[19] Sobre los principios agrupados según la premisa del Estado de Derecho, Social y Democrático, véase Mir (1985), pp. 60-85. Respecto del análisis de los diversos principios en el resto de la doctrina, véase, entre otros y respecto de la doctrina chilena, Cury (2005), Politoff, Matus y Ramírez (2015) y Novoa (2005).

[20] Sobre la influencia señalada y la elaboración en general del Estatuto de Roma, véase Guerrero (1999), pp. 41-92.

Por simple lógica, el principio de reserva legal aún no estaría afectado porque no se está planteando perseguir penalmente por la comisión de algún delito medioambiental utilizando el ER vigente en la actualidad, salvo que pueda reconducirse el hecho a alguna hipótesis de los crímenes ya sancionados como nucleares internacionales, tema que será analizado de manera sucinta, pero que no importaría una infracción a este principio, pues, precisamente, se trata de reconducirlo a disposiciones ya vigentes.

Del hecho que el presente texto esté defendiendo la tesis de la inclusión restringida de este tipo de delitos se desprende, claramente, que no se está sosteniendo que sea posible la persecución por un delito medioambiental autónomo con el ER vigente en la actualidad, situación que infringiría directamente el principio de reserva legal reconocido en el ER expresamente (arts. 22, 23 y 24), sino solo por vía de reconducción.

En lo que sí el principio de legalidad podría verse afectado es en la formulación del tipo penal en específico, por cuanto este principio exige que la conducta esté expresamente descrita en la ley anterior al hecho, incluyendo su característica de ley previa, escrita, estricta y cierta. Este es el elemento sustancial del principio de legalidad más que meramente formal, pero, en cualquier caso, pretendemos que el principio no se vulnere al dar algunos aportes en cuanto a la eventual formulación del tipo penal, en el apartado que analizamos seguido de este.

A diferencia del principio de reserva legal que se encuentra establecido expresamente en el ER, los principios restantes que hemos mencionado no lo están directamente, aunque podrían ser deducidos de otras disposiciones.

En efecto, si se observa el principio de lesividad y los caracteres de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad, no solo es posible sostener su vigencia en materia penal internacional por el desarrollo doctrinario de la dogmática penal que influye en la elaboración del ER sino que, también, por lo que el ER protege en general, según se desprende de sus disposiciones y de su preámbulo.

Si consideramos, primero, que el ER surge a raíz de situaciones históricas donde los Estados, que están pensados para servir al ser humano, sea la doctrina política que sea, han sido utilizados para atentar contra el mismo ser humano –como han sido los casos de las dictaduras latinoamericanas (destacan entre nosotros los casos de Argentina y Chile) y además que se busca regular otras hipótesis que dañan gravemente los derechos humanos (en adelante, DDHH), como han sido los crímenes del régimen nacional socialista, aquellos juzgados por los Tribunales de Tokio o los de Rwanda o ex Yugoslavia–, se observa que los intereses en juego son precisamente los DDHH y también la forma de regular la guerra[21]. Ambos aspectos tienen un

[21] Sobre el fundamento del Derecho Penal Internacional, véase Ambos (1999), pp. 93-140. Sobre el fundamento y generación del Estatuto de Roma, véase también Villalpando (2009). Al respecto, véase también Monge (2016).

grado de politización importante y, al ser aspectos políticos involucrados, los Estados suelen ser reacios a tomar decisiones internacionales que coarten su libre determinación como modelo político que se estime, así como también su derecho a hacer la guerra con las limitaciones que se han desarrollado a lo largo del tiempo[22].

Lo anterior se ratifica con una segunda consideración, cual es que en el aspecto procesal e institucional se busca que la reacción jurídica a este tipo de hechos pueda ser impartida por un tribunal internacional permanente, como es la CPI, siempre y cuando se cumplan con los principios que se detallan en las normas pertinentes y, principalmente, el principio de complementariedad. Esta reacción surge a raíz de que las situaciones descritas con anterioridad han sido resueltas de un modo que no es el esperable, como ocurre con la justicia por tercer Estado, la justicia transicional o la justicia por tribunal internacional *ad hoc*. La complementariedad, como principal criterio, implica que la CPI no compite con la jurisdicción nacional sino que opera de un modo complementario, de manera que se observa como una vía que no afecte la soberanía estatal.

Se suma, como tercera consideración, que, durante la tramitación para elaborar el ER, se formaron dos grandes bloques de Estados, conocidos como Like-Minded States, por un lado, y, por el otro lado, los Estados escépticos, y un tercer grupo de Estados que variaban de posición según la disposición objeto de controversia. Estas divisiones, sumadas a las diferencias penales entre el Derecho Continental y el anglosajón[23], principalmente, provocaron que el resultado sea en la medida que las posibilidades políticas lo permitieren, aumentando el carácter de fragmentariedad, subsidiariedad, última ratio y lesividad, además de otros problemas dogmáticos que podríamos detectar y analizar en otros artículos.

Como cuarta consideración, el preámbulo destaca que estos "graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad", de modo que la justicia internacional será respecto de los crímenes de trascendencia más grave para la comunidad internacional toda, reafirmando los propósitos y principios de la Carta de Naciones Unidas (en adelante, CNU), en particular la abstención de los Estados a recurrir a la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad o independencia de los Estados.

[22] Sobre la reacción de los Estados frente a normativas penales defendiendo su soberanía en dichos temas simbólicos y la realidad local, aunque particularmente en materia penal juvenil, pero cuyo análisis puede extrapolarse al nuestro, véase Muncie (2005). También sobre las reticencias de los Estados, particularmente en materia penal internacional medioambiental, véase Ruiz (2003).

[23] Sobre las diversas fuerzas y corrientes presentes en la elaboración del Estatuto de Roma, véase Guerrero (1999), pp. 41-92.

Como quinta consideración, al señalar que se protege el bienestar de la humanidad es posible desprender que se está protegiendo los DDHH, principalmente, los de primera generación provenientes de las corrientes liberales, la influencia kantiana y la Revolución francesa, pues observando el tipo de derechos afectados individualmente por las conductas sancionadas por el ER, se desprende que se refieren mayoritariamente a la vida, integridad, libertad y libertad sexual, como ocurre con el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, sin perjuicio que existan ciertas figuras que atenten, individualmente, contra DDHH de las demás generaciones, como ocurre, por lo demás, con el medio ambiente (por ejemplo, un genocidio por inanición, aunque la afectación al medio ambiente en este caso es la vida e integridad). Destacamos este punto porque la sanción penal internacional no será respecto de toda violación a los DDHH sino que solo a los crímenes sancionados por el ER, de modo que sostenemos que *no toda violación a los DDHH es crimen penal internacional pero sí todo crimen penal internacional conlleva una violación a los DDHH*. Otro tanto podría ser analizado sobre si se reconocen solo figuras de resultado o también de peligro.

Como sexta consideración para fundamentar la exigencia del principio de lesividad en el Derecho Penal Internacional, señalamos que al referirse el preámbulo a la paz y seguridad internacional, se está refiriendo a la regulación de la guerra, cuya evolución ha transitado desde las Leyes de Manú y su reconocimiento como medio apto para adquirir el dominio, pasando por la guerra justa de Francisco Vitoria y Francisco Suárez, hasta la regulación actual en la CNU y los Convenios de Ginebra con sus protocolos adicionales. En estos instrumentos, se tiene la idea de que no se prohíbe la guerra como tal sino que solo los crímenes de guerra, salvo en el caso del crimen de agresión que sanciona a la guerra como crimen en caso de cumplir los requisitos del tipo penal descritos por el ER relacionándolo también con la CNU. Sin embargo, en todos estos casos en que habrá responsabilidad penal internacional se refieren a infracciones graves a las regulaciones de la guerra, equiparables a los crímenes de lesa humanidad y al genocidio.

Podemos sumar como consideraciones un análisis pormenorizado de cada una de las figuras sancionadas por el ER, aunque no es el objetivo del presente trabajo[24], pero todo ello da cuenta de que el principio de lesividad y los caracteres de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad rigen también en materia penal internacional e incluso se puede sostener que la exigencia es aún mayor, dada la gravedad de los crímenes que trata, del principio de complementariedad y de las dificultades dogmáticas y políticas que existieron durante el proceso de elaboración del ER.

[24] Para más detalle sobre un análisis particular de los diversos crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, véase Sunga (1999), pp. 227-262. Sobre el mismo punto, véase también Villalpando (2009).

Así, las disposiciones que configuran los diversos tipos penales en los crímenes nucleares internacionales han de establecerse asegurando, en nuestra opinión, primero, que el bien jurídico que se protegerá es de tal envergadura que involucra a toda la comunidad; segundo, que el daño o puesta en peligro que se genera por la conducta es de la gravedad suficiente que justifique la sanción penal internacional; y tercero, que el medio comisivo sea tal que tenga la idoneidad necesaria para provocar ese peligro o resultado.

Cumpliéndose esos tres requisitos es posible incluir un nuevo delito dentro del ER, de modo que debemos realizar el test correspondiente respecto de los delitos medioambientales.

Como primer criterio, debemos señalar que el bien jurídico del medio ambiente libre de contaminación es un interés jurídico que puede ser apto de protección penal internacional[25], pues tiene implicancia transfronteriza toda vez que el efecto de su afectación puede traspasar fronteras y dañar incluso a las generaciones venideras y, asimismo, corresponde a un derecho humano de tercera generación, con una titularidad e importancia colectiva[26].

A su vez, se trata de un interés jurídico cuya afectación provoca un riesgo cierto en otros DDHH de las poblaciones afectadas, como es su vida e integridad (piénsese en enfermedades producidas por desastres medioambientales, sea directamente o por consumo posterior de flora y fauna afectada por el hecho, terminando en ocasiones incluso con la muerte o, bien, provocando malformaciones en generaciones venideras, entre otros riesgos), así como su libertad en caso de necesitar transportarse a otro lugar por el desastre medioambiental de que trate.

Mencionamos como ejemplo el caso del desastre de Chernobyl o el uso de las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki, pues en ambos hechos los efectos ambientales de lo ocurrido traspasó las fronteras y dañó a generaciones venideras, tanto en la vida como en la integridad física, provocando enfermedades, mutaciones, afectación de peces, etcétera. Se aclara, en todo caso, que las bombas atómicas podrían reconducirse a crímenes de guerra, y otros eventos, a su vez, podrían reconducirse a hipótesis de crímenes de lesa humanidad o al genocidio, en su caso, pero en ambas hipótesis se exige el plan o la generalidad o sistematicidad del ataque, de modo que la reconducción debe hacerse cumpliendo las exigencias del tipo penal al cual se

[25] Para algunos conceptos del medio ambiente como bien jurídico penalmente protegido, en el Derecho chileno, véase Garrido y Castro (2010), pp. 125-157 y Matus (2011b), pp. 11-21, particularmente analizándolo en la Constitución chilena respecto del principio de legalidad y más bien la garantía de las garantías del art. 19 Nº 26 en relación con la pena que conllevaría la aplicación del Derecho Penal y (2011a), pp. 233-281. En materia penal internacional, respecto del medio ambiente como bien jurídico protegido desde el punto de vista penal véase Monge (2016).

[26] Sobre la importancia colectiva del derecho humano de tercera generación, en relación con el medio ambiente, véase Ruiz (2003).

reconduce. Lo mismo puede decirse en caso de uso de armas químicas o biológicas, quema de territorios sin o sobre la necesidad militar, el bombardeo a espacios petrolíferos en Irak, etcétera.

Como segundo criterio, y en este aspecto es donde debemos comenzar a cuidar que la inclusión de este tipo de delitos no afecte el sistema penal internacional en su totalidad, es que el daño provocado sea de la intensidad equiparable a los crímenes ya sancionados como nucleares internacionales, es decir, que provoquen el resultado de muerte, enfermedad o traslado forzoso de la población en un gran número de personas, que implique al menos el territorio de dos Estados, sin la exigencia, sin embargo, del plan o sistematicidad exigido por el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, respectivamente, como lo explicaremos en el próximo apartado.

El tercer criterio, donde nuevamente debemos cuidar de no afectar el sistema penal internacional en su totalidad, es que el medio comisivo sea idóneo para causar ese resultado o puesta en peligro de los demás DDHH involucrados como la vida, integridad o libertad personal, de modo que se cumpla con el carácter de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio*.

De este modo, consideramos que es posible incluir figuras de delitos medioambientales como crímenes nucleares de Derecho Penal Internacional, por cuanto cumple con el estándar exigido por el principio de lesividad y los caracteres de esta rama jurídica.

Lo anterior por cuanto el medio ambiente libre de contaminación es un interés que puede ser considerado como un bien jurídico apto de protección penal internacional, pero dicha inclusión ha de ser restringida para no afectar el sistema penal internacional en su conjunto, de modo que el daño provocado efectivamente debe ser equiparable al resultado provocado en el genocidio o en la generalidad de los crímenes de lesa humanidad, así como también el medio comisivo debe ser apto para provocar dicho resultado o generar dicho peligro respecto de los DDHH que pueden verse afectados producto de esta conducta contra el medio ambiente.

Por otro lado, no podemos omitir los demás principios ya mencionados, como son la culpabilidad, que será tratada en el próximo apartado, la proporcionalidad y la humanidad, por cuanto consideramos que todos ellos tienen cabida en el ER por razones similares a las indicadas en relación al principio de lesividad, sin embargo, no los desarrollaremos con mayor detalle, pues son principios consecuenciales luego de la inclusión de este tipo de delitos, quedando dicho análisis para otra oportunidad.

## Configuración del tipo penal y culpabilidad: dolo y sujeto activo

### *¿Dolo o Culpa?*

Como señaláramos con anterioridad, los primeros criterios para una inclusión de los delitos medioambientales deben traducirse en que el medio comisivo sea idóneo para provocar el resultado sancionado o, bien, ponerlo en peligro, sea que se afecte el medio ambiente y, con ello, se afecte también la vida, integridad o libertad de un gran número de personas en al menos el territorio de dos Estados o, bien, sea que con la afectación efectiva del medio ambiente se pongan en peligro dichos DDHH en las mismas condiciones ya relatadas, y que dicho resultado sea equiparable al resultado en el crimen de genocidio o de lesa humanidad y particularmente de su generalidad, mas no sería necesario el plan y la sistematicidad.

Ahora bien, en materia de culpabilidad, conforme a la teoría causalista, queda integrado tanto la imputabilidad como la consciencia de antijuridicidad, la ausencia de causales de exculpación y el dolo o la culpa. Conforme a la teoría finalista, el dolo y la culpa se ubican en la teoría de la tipicidad. Preferiremos, en esta oportunidad, la teoría causalista, siguiendo con nuestro análisis del dolo y la culpa en la culpabilidad, aunque simplemente por razones pedagógicas y de una mejor exposición de nuestra tesis.

La pregunta que pretendemos responder es si, en caso de incluir el delito ambiental como crimen nuclear internacional, debe serlo a título solamente doloso o también culposo. Aclaramos, en todo caso, que este aspecto de dolo o culpa se refiere a la imputación que se le haría a la persona natural que ejerce un cargo de decisión en el Estado o persona jurídica que corresponda, sobre la base del delito ambiental como delito base, diferente, pero necesario para la responsabilidad penal del Estado o la persona jurídica por no haber adoptado las medidas de control y dirección necesarios, como explicaremos en este mismo apartado.

En general, el ER solo sanciona en caso de concurrir dolo. En efecto, la premisa anterior surge del análisis conjunto de los arts. 30 y 32 del ER por cuanto primero se definen las expresiones 'conocimiento' y 'a sabiendas' cuando es exigido por diversos tipos penales, como "la consciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos", es decir, el elemento cognoscitivo del dolo.

Por otro lado, señala que actúa intencionalmente aquel que se propone incurrir en la conducta o, bien, causar, o es consciente de que se producirá, en el curso normal de los acontecimientos, la correlativa consecuencia, es decir, el elemento volitivo además del cognoscitivo.

Esta normativa implica que se sancionan estos crímenes en caso de concurrencia de dolo directo, de segundo grado y hasta eventual, y pudiendo

discutir respecto de la llamada ceguera intencional, por influencia norteamericana y alemana[27].

De esta forma, sostenemos que la culpa queda excluida como título de atribución subjetiva de la conducta y resultado en el ER, sea esta consciente o inconsciente, sin perjuicio de las confusiones que se podrían generar entre la culpa consciente, la ceguera intencional y el dolo eventual. La culpa, sea que se estime como elemento del tipo penal, o sea, que se considere como elemento positivo de la teoría de la culpabilidad, no es suficiente para la sanción penal internacional.

Señalamos también, a modo aclaratorio, que, en nuestra opinión, las situaciones de mando y obediencia son más bien delitos de omisión que figuras culposas, de modo que también exigen, a nuestro parecer, el dolo, sin hacer excepción a lo señalado precedentemente. En estas situaciones se distingue la responsabilidad del superior respecto de la del inferior, de modo que el superior responderá por acción u omisión, y el inferior solo por acción, a no ser que le favorezca alguna circunstancia exculpante regulada en el Estatuto de Roma.

Por otro lado, de estas disposiciones también desprendemos la regulación del error de tipo y de prohibición, que solo eximirán si su intensidad es tal que excluyen la intención del agente. La expresión que utiliza el ER, en este aspecto, vuelve a hacer referencia a los elementos del dolo, aunque, nuevamente, es un tema que escapa de nuestro trabajo actual, basta con señalar por ahora que en nuestra opinión debe compatibilizarse lo dicho con la invencibilidad o vencibilidad del error, observando si su efecto es eliminar la tipicidad o el dolo, pero que en este caso, como en ningún evento hay correlato culposo, el único error que admitirá ser sancionado de todas formas sería el error de prohibición vencible, donde el juez podría considerar aquello para determinar la pena a aplicar, pese a que en el ER las escalas de penas no estén lo suficientemente establecidas, pues según sostenemos son tributarias del modelo anglosajón[28].

Por otro lado, hacemos la precisión de que, como en el Derecho Nacional, hay ciertos tipos penales en que se exige una intención particular o, bien, elementos particulares, como son el plan en el genocidio o la generalidad o sistematicidad del ataque en el caso del crimen de lesa humanidad, y el conocimiento de aquello en ambos casos.

---

[27] Respecto de la llamada ceguera intencional y un análisis sobre la intencionalidad como uno de los principios del Estatuto de Roma, véase Scahbas (2000), pp. 263-308.

[28] Lamentablemente, este es otro tema que no alcanza a ser abordado en profundidad en esta oportunidad, pero señalamos, por el momento, que, en nuestra opinión, el ER recoge el principio de reserva legal de la pena; sin embargo, para efectos de las escalas y su determinación, se rige más bien por el modelo anglosajón, tema que puede ser cuestionado desde la mirada continental y desde el principio de proporcionalidad y aún de culpabilidad, pero defendido desde la mirada anglosajona.

La exigencia aquí radica en que el dolo del agente no solo tendría que cubrir la conducta específica que se sanciona sino que, también, estos particulares elementos, pero sin que ello implique un tratamiento diferente respecto del dolo, y mucho menos disminuir la vara de la exigencia en cuanto a este elemento.

Así, en estos casos se podría afirmar que se exige de todas formas el dolo y particularmente podría o, bien, exigir un dolo específico además del genérico o, bien, excluir el dolo eventual, pero en ningún caso sería la admisión de la sanción a título culposo.

Esto debe ser tenido en consideración a la hora de configurar un tipo penal relativo al medio ambiente y el análisis sobre la teoría de la culpabilidad, pues, como indicamos, la tesis de inclusión restringida busca que la inclusión no provoque un quiebre del actual sistema penal internacional, así como también la posibilidad cierta de que sean incluidos, de modo que la exigencia para este tipo penal en materia de culpabilidad tendría que radicar, nuevamente, en excluir la culpa como posibilidad, pudiendo discutirse si incluimos o no el dolo eventual así como un plan como en el genocidio, o el conocimiento sobre lo sistémico del crimen de lesa humanidad (la generalidad ya estaría considerada en la exigencia de afectación de poblaciones de al menos el territorio de dos Estados).

Considerando estos criterios de no provocar el quiebre del sistema penal internacional pero, al mismo tiempo, lograr la inclusión efectiva de este tipo de delito en el Estatuto de Roma, es que consideramos posible incluirlo solo a título doloso y excluir el culposo, pese a que desde la perspectiva criminológica sea más común el delito medioambiental culposo, porque su inclusión podría afectar el sistema penal internacional.

### *Sujeto activo:*
### *Estados y persona jurídica*

Un último elemento que creemos necesario considerar, con el objetivo de que la norma sea aplicable, pero que no quiebre el sistema penal internacional en general, es el aspecto del sujeto activo y, en particular, la inclusión de la persona jurídica como tal.

Aclaramos que este es un tema tan polémico como la pregunta central de este trabajo, pudiendo ser interpretado como un punto que quebraría el sistema penal internacional. Nótese que en esta materia, por lo tanto, hay dos modificaciones que pretendemos defender: tanto la inclusión restringida del delito medioambiental en el ER como la inclusión, también restringida, de la persona jurídica como sujeto activo de esta figura en específico. Veamos las razones.

En general, el ER excluyó la posibilidad de que la persona jurídica responda penalmente por algún crimen de competencia de la CPI, estable-

ciendo que este tipo de responsabilidad lo sería solo para la persona natural involucrada. El tema fue discutido mientras se generaba el ER, asumiendo Francia la principal defensa de la idea de incluirlas con el apoyo de diversas ONG que también participaron, aunque, finalmente, la idea fue desechada[29].

En su oportunidad se defendía esta idea, pues el interés era que, para el cumplimiento de las responsabilidades civiles provenientes de la comisión de los diversos crímenes, las personas jurídicas fueran incluidas pensando, evidentemente, que su capacidad económica para hacer frente a dichas indemnizaciones sería mucho mayor que la capacidad económica de la persona natural directamente responsable.

Debemos considerar, además, que por un argumento de criminología, relacionado con la realidad de este tipo de delito y, en particular, referido a la realidad internacional, se observa que son las empresas multinacionales y los Estados quienes realizan efectivamente este tipo de criminalidad y, según se argumenta, se relacionaría con el análisis costo-beneficio entre realizar la conducta, resultado esperado vs. riesgo asociado, de modo que no bastaría con la sanción a la persona natural[30].

Sin embargo, la idea fue finalmente desechada, pues las legislaciones nacionales presentaban muchas diferencias sobre si sancionar o no, penalmente, a estas entidades, considerando el principio de su irresponsabilidad penal (*societas delinquere non potest)*, pues no podían cometer acción en términos penales, habían problemas en cuanto a la teoría de la culpabilidad, y el tipo de sanciones no era aplicable, además de los problemas procesales impracticables con la persona jurídica como ficción, debiendo, en caso de incluirlas, modificar todas las teorías dogmáticas hasta el momento defendidas, o hacer subsistemas. Se sumaba a lo anterior que la mayoría de las personas jurídicas involucradas no serían las empresas, sino que los Estados[31].

---

[29] Sobre la formación del Estatuto de Roma y la propuesta francesa y de las ONG en este sentido, véase Guerrero (1999), pp. 41-92 y respecto de la responsabilidad penal individual excluyendo a la persona jurídica como principio del Estatuto de Roma, véase Scahbas (2000), pp. 263-308.

[30] Coincide con nosotros en el comentario criminológico Ruiz (2003).

[31] Para un completo análisis sobre los argumentos del *Societas Delinquere Non Potest* y el cambio a *Societas Delinquere Potest*, incluyendo las posturas de variada doctrina, principalmente finalista, sobre la base del concepto de acción, de la persona jurídica como ficción y de la imposibilidad de culpabilidad, así como también de la finalidad de la pena y de los aspectos procesales, por un lado, y luego la postura desde el proyecto de Labatut y Silva de 1938 en que se buscaba incluir a las personas jurídicas como sujeto activo, considerando las razones, principalmente, de política criminal por cuanto es una necesidad imperiosa frente al aumento de estas organizaciones, el alcance de su actividad y la realidad de que sí cometen delitos, como los medioambientales –incluidos por Bacigalupo–, así como también por considerar insuficientes las reacciones de otras ramas del Derecho y por considerar al sujeto no como persona biológica sino que como centro de imputación normativa, y distinguiendo tipos de penas, buscando la solución sea en un subsistema o en una nueva reestructuración de

Sin embargo, destacamos que, si bien la responsabilidad se fija como personalísima para la persona natural involucrada y la idea fue desechada en su oportunidad, el sustento fáctico que originó el ER, la exigencia de la imputabilidad mixta y el elemento contextual y las exigencias de los diversos tipos penales permiten sostener que la inclusión, también restringida, de las personas jurídicas como sujetos activos de los delitos medioambientales no quebraría, tampoco, el sistema penal internacional, debiendo prever, en todo caso, algunas eventuales dificultades dadas las diversas regulaciones estatales.

En efecto, como ya indicamos, el sustento fáctico que originó el ER fueron las experiencias previas de este tipo de crímenes ocurridos en dictaduras o en conflictos bélicos y las respuestas jurídicas que, a cada caso, se provocaron, como fueron la justicia por tercer Estado, la justicia transicional y por tribunales internacionales *ad hoc*.

Un elemento común de todos estos casos es que el Estado es utilizado para cometer el crimen que se reprocha, de modo que el ER exige, para sus diversos crímenes, que el Estado tenga participación en la conducta, configurando o dando las primeras luces para fundar una imputabilidad mixta en que se sanciona a la persona natural, pero como elemento de contexto o medio comisivo, se exige en todos los casos al Estado o al menos una organización paramilitar con una entidad comparable.

Si se observa, a su vez, cada uno de los diversos crímenes ya sancionados, tanto el genocidio exige el plan como el crimen de lesa humanidad la generalidad o sistematicidad, los crímenes de guerra exigen la presencia estatal y el contexto bélico, y el crimen de agresión hace referencia explícita al Estado.

Por su parte, el tratado que complementa al ER, cual es los Elementos de los Crímenes (en adelante, EC), también aclara que, en el caso de crímenes de guerra o de lesa humanidad, no solo pueden concurrir con la exigencia del Estado como elemento contextual o medio comisivo sino que, también, alguna organización paramilitar que cumpla con las exigencias allá indicadas, como son el tener control o poder efectivo sobre cierto territorio, aun sin ser Estado, pero sí organizaciones[32].

Ahora bien, todas estas razones ya existían al momento de discutirse el ER y pese a ellas la idea fue rechazada, aunque no por ello impide para siempre la inclusión. Hay un elemento, sin embargo, que ha cambiado desde esa fecha a la nuestra y que permitiría superar un gran problema que justificó la exclusión en su minuto, y es que la mayoría de las legislaciones ha avanzado en leyes que establecen la responsabilidad penal de las personas

la dogmática penal, véase Künsemüller (2010), pp. 159-204. Sobre la superación de dichos problemas, Matus (2011 c), pp. 291-309.

[32] Sobre la responsabilidad colectiva y la responsabilidad individual, así como la teoría del dominio del hecho en la organización, véase Ambos (2012), pp. 45-61 y (2000), pp. 63-84.

jurídicas y la corriente internacional tiende a ello, como es la influencia de la OCDE.

En efecto, si observamos las legislaciones de EEUU, Italia o España, entre otras, las personas jurídicas que antes no respondían penalmente, hoy sí lo hacen. Esos cambios han permitido superar los problemas dogmáticos referidos a la ausencia de acción en términos penales, las consideraciones en la teoría de la culpabilidad y las especies de penas a aplicar o sus teorías explicativas de la finalidad de la misma, así como también las normas procesales.

En la mayoría de estos casos la sanción se justifica en caso de la comisión de algún delito base por algún trabajador o directivo de la persona jurídica, si con dicho delito base se beneficia la persona jurídica, y solo en caso de que no haya adoptado los mecanismos necesarios para prevenirlo, como son los llamados modelos de prevención de delitos. En el caso de España, dichos delitos base ya se extienden a más de diez posibles y, en otros casos, como en Chile, nos encontramos en cuatro delitos posibles, pero, en la mayoría de las legislaciones, el punto avanza a incluir esta posibilidad y luego tienden a aumentar su alcance.

Considerando este gran cambio desde la fecha del ER hasta hoy en las diversas legislaciones, los problemas dogmáticos ya han sido resueltos (sostenemos que se sanciona por una omisión o defecto de organización que al no adoptar medidas de prevención y dirección, aumentó el riesgo jurídicamente permitido dando pie a la comisión del delito base, beneficiándose por el mismo, siendo sancionada bajo las escalas especiales de penas que se fijan en las diversas legislaciones especiales), de modo que es absolutamente razonable que se incluya la responsabilidad penal de la persona jurídica, en materia penal internacional, para el caso de delitos medioambientales.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, debemos precisar que esta inclusión no estaría exenta de problemas. En primer lugar, porque en un delito de destrucción como sería lo que se piensa con los crímenes medioambientales bajo las exigencias ya relatadas, es difícil imaginar el provecho económico directo, aunque sí resulta más posible el indirecto. Asimismo, tendría que discutirse la inclusión no de un provecho económico sino que político.

En segundo lugar, reconocemos que este tipo de cambio haría necesario establecer un nuevo artículo que establezca las penas posibles para las personas jurídicas y los Estados, debiendo modificar la disposición sobre responsabilidad penal individual de la persona natural, los artículos específicos de los diversos crímenes o, bien, un solo artículo general, y estableciendo una nueva escala de penas específica para las personas jurídicas.

Todo ello, lamentablemente, implica un análisis mayor que escapa al objetivo de este trabajo, pero destacamos, por ahora, que las condiciones no son las mismas que al momento de elaborar el ER siendo posible comenzar la discusión de una inclusión, al menos restringida, de la persona jurídica como sujeto activo y responsable penalmente en el ámbito internacional.

## ¿Delito ambiental autónomo o dentro de los crímenes de lesa humanidad o del crimen de genocidio?

Resumiendo hasta el momento, el delito medioambiental de carácter nuclear internacional que defendemos exigiría un resultado en el medio ambiente que genere o pueda generar un daño equiparable a los resultados exigidos en los demás crímenes nucleares de Derecho Penal Internacional, de modo que siempre se exigiría el resultado en el daño medioambiental grave, pero, además, un daño efectivo en los DDHH como la vida, integridad y libertad o, bien, ponerlos seriamente en peligro. En cuanto a la generalidad, exigiríamos que involucre a las poblaciones de, al menos, el territorio de dos Estados. A su vez, defendimos la postura de que dicho daño sea provocado por un medio idóneo, y sin quitar la exigencia de imputabilidad mixta o elemento contextual de Estado u organización paramilitar similar. También hemos defendido que se mantenga solo como una figura de comisión dolosa y con la posibilidad de incluir a la persona jurídica como posible sujeto activo del delito y responsable penalmente a nivel internacional.

Ahora bien, todos esos elementos, sostenemos, pueden generar un delito autónomo de los cuatro que hoy se sancionan de competencia de la CPI, en cuyo caso sería necesaria una modificación al art. 5 e incluir, luego de los crímenes de lesa humanidad, como art. 7 bis., aquella disposición que defina los elementos esenciales que hemos venido señalando además de la posibilidad de detallar aún más las exigencias en un nuevo artículo dentro de los Elementos de los Crímenes, y en su caso, ciertas modificaciones en cuanto a la persona jurídica como sujeto activo responsable penalmente en el ámbito internacional o las penas posibles que resguarden el principio de proporcionalidad.

Esa opción, sin embargo, puede presentar una desventaja, que es que no se aplicaría al Estado que se oponga a la enmienda, pues incluye una modificación al art. 5 y, por tanto, como no sería posible juzgar por ese tipo de delitos en esos casos, tampoco quedarían con aplicación posible las demás enmiendas que se hayan hecho, salvo que se tramiten y voten como propuestas separadas (por ejemplo, una respecto de la inclusión de la persona jurídica, y luego sobre inclusión restringida de delitos medioambientales).

La segunda opción, considerando lo dicho en la introducción, sería incorporar esta figura a un delito ya establecido, como posible conducta, además de las figuras actualmente vigentes por las que esos hechos podrían ser reconducidos (piénsese, por ejemplo, en aquel caso en que se pueda reconducir a un genocidio por inanición, o de consumación anticipada por esterilización, o si causare lesiones, o la misma muerte o, bien, aquellos casos en que podría reconducirse a los crímenes de lesa humanidad, o crímenes de guerra en caso de armas biológicas, químicas, veneno o armas nucleares).

La reconducción, hoy posible, tiene que hacerse en todo caso cumpliendo las exigencias propias de los tipos penales al cual se estaría reconduciendo[33].

La ventaja de esta segunda opción es que haría aplicable la reforma a los Estados que se opongan a la enmienda; sin embargo, tiene un riesgo bastante mayor, cual es que se da la opción del retiro con efecto inmediato, por lo que, si se presenta como solución al problema de modificar el art. 5, sostenemos que esta segunda opción puede generar un efecto mucho peor, que es el retiro inmediato por agregar un delito medioambiental provocando un quiebre en el sistema penal internacional, por cuanto el Estado se retira y no solo no habrá delito medioambiental a su respecto, sino que tampoco genocidio, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra o crimen de agresión.

Observando el tema desde la conveniencia, por lo tanto, es mejor opción la de incluir el delito ambiental de carácter internacional, bajo los parámetros indicados, en el art. 5 como delito autónomo, y, en caso de que el Estado se oponga, no se le aplicará respecto de nacionales suyos o hechos ocurridos en su territorio, pero las normas del retiro se mantienen como están.

El criterio de conveniencia queda también complementado con el criterio de qué pareciere ser más razonable, pues, si hemos sostenido que este delito se equipara a los demás crímenes en cuanto a la intensidad del resultado o del peligro que genera en los DDHH y en cuanto a la exigencia del dolo, hay elementos que lo diferencian del resto, como es el que se exija generalidad, pero no sistematicidad ni un plan, como ocurre con los crímenes

[33] Sobre la reconducción de los delitos medioambientales a los crímenes de guerra, véase Black (2008), en la conferencia "Once Lecciones sobre Justicia Internacional". En este texto el autor hace un interesante análisis comenzando con algunos ejemplos históricos vinculados al tema, incluyendo las guerras mundiales, la guerra de Vietnam, Irak o de la ex Yugoslavia, para luego comentar los aspectos jurídicos de los crímenes de guerra y la reconducción de estos delitos medioambientales en ellos, considerando que las figuras que se sancionan no protegen de forma directa al medio ambiente, sobre todo en conflictos bélicos no internacionales, y que, en esta medida, el ER podría ser considerado hasta como un retroceso en la materia. Agrega que como elementos críticos estratégicos, además de esas lagunas de impunidad antes indicadas, estarían los problemas probatorios para efectos de la causalidad y la posibilidad de obtener dicha prueba, principalmente considerando situaciones en que en la actualidad se esté cometiendo el delito y así también aquellos que presentan un resultado retardado. Sin embargo, creemos que el ER no representa un retroceso en la materia sino que implica la asunción de los principios limitadores del *ius puniendi* en materia penal internacional, principios que no estaban correctamente recogidos con anterioridad al ER. Ciertamente, el ER tiene desafíos y problemas que solucionar, como es la inclusión restringida que defendemos en este caso, pero constituye a todas luces un avance. Por otro lado, en cuanto a los problemas en particular sobre los crímenes, llamamos la atención a que los problemas probatorios de la causalidad y el delito flagrante y el con resultado retardado, son defectos propios de la investigación y cuyas soluciones tendrían que provocar modificaciones probatorias y procesales, pero no por ello debe relajarse o flexibilizarse el criterio y estándar exigido por el Derecho Penal Internacional conforme a lo que hemos venido defendiendo.

de lesa humanidad y el genocidio, respectivamente. Así también, tampoco exigiría el conflicto bélico como contexto, como ocurre en los crímenes de guerra, y no es hipótesis posible de crimen de agresión.

La generalidad y la extensión o intensidad del resultado y la exigencia del dolo son exigencias que cumplen con el estándar del ER, pero son menores a las exigencias del plan en el genocidio y de la sistematicidad del crimen de lesa humanidad, por cuanto, si bien en todos las figuras son dolosas, en el genocidio exige una intención específica además del dolo, y tanto en este como en el crimen de lesa humanidad se pide además otro requisito objetivo, como es el plan en uno y la sistematicidad o generalidad en el otro.

De este modo, si incluimos al delito ambiental como figura posible del genocidio (que hoy ya sería posible la reconducción sin reformar nada) la exigencia sería mayor, pues pediría no solo el dolo sino que la intención específica de destrucción de un grupo como tal con las características exigidas en el genocidio y, por otro lado, pediría también el plan. El delito que proponemos, en cambio, exige solo el dolo y no exige el plan, sino que la generalidad e intensidad del resultado.

Por el otro lado, si incluimos al delito ambiental como figura posible del crimen de lesa humanidad, las diferencias no son tan pronunciadas como lo que ocurre con el genocidio, pues también exige dolo solamente, exige la generalidad o sistematicidad, de modo que en caso de incluirlo en alguno ya sancionado, la lógica indicaría que tendría que incluirse dentro del crimen de lesa humanidad, si se acogiere lo que hemos venido desarrollando, aunque habría que considerar el criterio de conveniencia.

Observando todo lo anterior, creemos que la mejor opción sería la de incluir este delito dentro del art. 5 permitiendo que no se le aplique al Estado opositor, e incluir un nuevo art. 7 bis que regule al delito con las especificaciones señaladas, además de las modificaciones pertinentes en cuanto a los Elementos de los Crímenes, de la responsabilidad penal de la persona natural y las posibles penas a aplicar. Esta opción parece ser más razonable conforme a la estructura del delito y más conveniente en cuanto a sus efectos para con el Estado opositor.

En el caso de optar por la otra vía, la figura ambiental debiera incluirse como una hipótesis dentro del crimen de lesa humanidad y, probablemente, exigiría las modificaciones a los Elementos de los Crímenes, la responsabilidad penal de la persona natural y las penas posibles. No obstante, el gran riesgo que presenta esta opción sería la conducta que adopten los Estados opositores, pudiendo provocar un retiro inmediato que afecte a lo que ya está establecido.

Por último, creemos que incluirlo como genocidio, queda descartado porque sería exigirle demasiado al delito medioambiental, lo cual no es necesario ni a pretexto de mantener el sistema penal internacional, objetivo que se cumple pese a no incluirlo como genocidio sino que en alguna de las otras dos opciones.

## Conclusiones

Creemos que la hipótesis que hemos venido sosteniendo no presenta problema para el sistema penal internacional y responde a la necesidad actual considerando los cambios en la sociedad. No pretendemos, en todo caso, que esta hipótesis sea concluyente, sino, solamente, un aporte a una discusión hoy vigente y del todo relevante[34].

La necesidad del cambio se justifica por la importancia que ha venido adquiriendo el tema ambiental en el mundo y porque, como bien jurídico, es apto de protección penal internacional sin que ello afecte el principio de lesividad y los caracteres de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad que fundan al Derecho Penal, y también aplicables, con mayor exigencia, en el Derecho Penal Internacional.

La configuración del delito como hemos sostenido tampoco afecta dichos principios, por cuanto exige que el medio comisivo sea idóneo para provocar el resultado que se pretende evitar y que justifica al delito.

Asimismo, creemos que los cambios en la legislación comparada en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica pueden dar pie a una nueva discusión en el foro internacional al respecto, siendo un tema relacionado de manera directa con el delito medioambiental y más aun con el Derecho Penal Internacional por el elemento contextual o medio comisivo que sus figuras exigen, como aspecto de la imputabilidad mixta.

El que sostengamos que se exija la generalidad, la intensidad del resultado o de la puesta en peligro de los DDHH indicados además del resultado

[34] Como revisión de algunas posturas actuales en torno al tema, véase, entre otros, Black (2008), en la conferencia "Once Lecciones sobre Justicia Internacional", comentando los delitos medioambientales reconducidos a los crímenes de guerra, sea por protección medioambiental directa o indirecta, los problemas de lagunas de punibilidad, de causalidad y probatorios; Abrami (2010), expuesta en el Envi Comittee en el International Academy of Environmental Sciences (IAES), dando algunas razones para otra idea complementaria a la que exponemos, como sería la creación de tribunales penales internacionales o regionales especiales para penal medioambiental, cual es una idea que no se contrapone con la configuración de un delito penal internacional medioambiental de competencia de la CPI, pudiendo ser complementario, así, aquellos delitos nucleares internacionales de mayor gravedad y con una mayor restricción serían de competencia de la CPI o de los demás tribunales conforme a la complementariedad, y luego, al ir flexibilizando la norma, la competencia radica luego solo en el regional especializado y en los nacionales y, por último, solo en los nacionales; Nieto (2012), donde expone argumentos similares a los nuestros, tanto en la configuración del delito como también en defensa de la inclusión de la persona jurídica como sujeto activo responsable penalmente en el ámbito internacional; y Monge (2016), sosteniendo un completo análisis sobre los crímenes incluidos y excluidos, aquellos antecedentes que dieron origen al Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional, sobre el bien jurídico penalmente protegido y el medio ambiente como uno de ellos, y la compatibilidad con los principios del Derecho Penal.

ambiental y la exigencia de que sea una figura dolosa, permiten sostener que un cambio en este sentido no afecta el sistema penal internacional.

Finalmente, todo esto es perfectamente posible considerando las cláusulas finales del Estatuto de Roma, aunque creemos que la vía que se adopte debe considerar tanto argumentos sustantivos como de conveniencia, precisamente para no provocar un quiebre en el sistema penal internacional. Por ello es que sostenemos que la vía más idónea sea incluirlo como delito autónomo, modificando el art. 5, en preferencia a la opción de una figura específica dentro de los crímenes de lesa humanidad.

Un cambio de esta naturaleza es posible, resulta justificado y los riesgos implicados se mitigan si se adopta la decisión con prudencia, respetando los parámetros del Derecho Penal Internacional, del ER y de la CPI, sin perjuicio de las opiniones que presenten cada uno de los Estados partes para ir mejorando esta eventual nueva regulación, y considerando, además, los aportes académicos y de la sociedad civil que se puedan recibir, como ocurrió cuando la idea de la persona jurídica como sujeto activo fue defendida por la delegación francesa y otras ONG, renaciendo la oportunidad en la actualidad considerando todo el cambio que ha ocurrido de esa fecha a la nuestra.

## Bibliografía

Abrami, Antonio (2010): "Proposal of two historical reforms: An International Environmental Criminal Court (IECC), An European Environmental Criminal Court (EECC)", en el *Environmental Committee, en el International Academy of Environmental Sciences* (IAES).

Ambos, Kai (2013): "¿Castigo sin soberano? La cuestión del Ius Puniendi en Derecho Penal Internacional: Una primera contribución hacia una consistente teoría de Derecho Penal Internacional", en Kai Ambos, *Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo* (Santiago, Legal Publishing) pp. 7-43.

Bergsmo, Morten (1999): "El régimen de la competencia de la Corte Penal Internacional (parte ii, arts. 11 a 19)" en Kai Ambos y Oscar Guerrero (eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

Black, Colin (2008): "Crímenes contra el Medioambiente en el contexto del Derecho Penal Internacional" preparado para la ponencia realizada por el autor el 3 de abril de 2008 en Zaragoza, España, en la conferencia *Once Lecciones sobre Justicia Internacional*.

Campusano, Raúl F. (2006): "Es posible armonizar medio ambiente y desarrollo económico? El caso Nagcikovo-Nagymaros y el caso Papeleras", en *Actualidad Jurídica. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo,* año vii vol. 14.

Campusano, Raúl F. (2010a): "El Concepto de Desarrollo Sustentable en el aporte jurisprudencial del juez Christopher Weeramantry", en *Revista Diké. Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado,* N° 2.

Campusano, Raúl F. (2010b): "Soft Law y el Derecho Internacional del Medio ambiente", en *XXXIX Jornadas de Derecho Público. Pontificia Universidad Católica*.

Campusano, Raúl F. (2011): "La Regulación Ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudamericanos", en *Actualidad Jurídica. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo,* año xii vol. 23.

Campusano, Raúl F. (2012a): "Normas de Soft Law Ambientales y Sociales Aplicables a Proyectos del Sector de Recursos Naturales", en *Segundos Coloquios de Derecho Internacional. Facultad de Derecho, Universidad de Concepción*.

Campusano, Raúl F. (2012b): "Desde la Certeza de la Regla a la Diversidad de la Práctica: El Nuevo Derecho Internacional del Medio ambiente", en *VI Jornadas de Derecho Ambiental. Universidad de Chile*.

Campusano, Raúl F. (2012c): "Pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materias de contenido ambiental" en *Actualidad Jurídica. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo,* año xiii vol. 26.

Campusano, Raúl F. (2013): "Derechos Humanos y Medio ambiente", en *XLIII Jornadas de Derecho Público. Universidad de Concepción*.

Campusano, Raúl F. (2014): "Régimen Jurídico de la Naturaleza en la Constitución de Ecuador", en *Actualidad Jurídica. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo,* año xv vol. 30.

Campusano, Raúl F. (2015): "El Concepto de Desarrollo Sustentable en la Doctrina y en la Práctica de Tribunales Nacionales", en *Actualidad Jurídica. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo*, año xvi vol. 31

Campusano, Raúl y Acevedo, Luis (2017): "Naturaleza Jurídica de los Atentados en París ¿Terrorismo o Crímenes de Guerra?", en *Revista Tribuna Internacional Universidad de Chile*, Volumen 6 N° 11

Cury, Enrique (2005): *Derecho Penal, Parte General* (7ª ed., Santiago, Universidad Católica de Chile).

Ferrajoli, Luigi (2011): *Derecho y Razón* (Madrid, Trotta Editorial)

Garrido Montt, Mario y Álvaro Castro Morales (2010): "Delincuencia Medioambiental en Chile: Alcances de una normativa inaplicable", en Miguel Schweitzer Walters (coord.), *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege, Homenaje a grandes penalistas chilenos* (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae) pp. 125-157.

Guerrero Peralta, Oscar (1999): "Justicia Penal y Paz: El largo camino hacia la conformación de una jurisdicción penal universal", en Kai Ambos y Oscar Guerrero (eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 41-92.

International Criminal Court (2016): Office Of The Prosecutor, Policy Paper On Case Selection And Prioritisation. The Office of the Prosecutor.

Jarrasch, Frank (1999): "Establecimiento, organización y financiamiento de la Corte Penal Internacional y cláusulas finales", en Kai Ambos y Oscar Guerrero (eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 141-171.

Kai Ambos (2000): "Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma", en Kai Ambos,y Oscar Guerrero (eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 93-140.

Kai Ambos, (2012): "Protección de Derechos Humanos e Internacionalización del Derecho Penal", en Kai Ambos, *Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo* (Santiago de Chile, Legal Publishing) pp. 45-61.

Kai Ambos, (2012): "Sobre la Organización en el Dominio de Organización en Kai Ambos, *Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo* (Santiago de Chile, Legal Publishing) pp. 63-84.

Kaul, Hans Peter (1999): "La Corte Penal Internacional: la lucha por su competencia y alcance", en Kai Ambos y Oscar Guerrero (eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 205-225.

Künsemüller Loebenfelder, Carlos (2010): "Societas delinquere non potest; Societas delinquere potest", en Miguel Schweitzer Walters (coord.), *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege, Homenaje a grandes penalistas chilenos* (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae) pp. 159-204.

Matus, Jean Pierre (2011a): "Fundamentos y Propuesta Legislativa para una Nueva Protección Penal del Medioambiente en Chile, elaborada por la Comisión del Foro Penal", en Jean Pierre Matus (ed.), *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el Cambio de Siglo* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).

Matus, Jean Pierre (2011b): "Sobre la Necesidad de la Existencia de un Bien Jurídico a Proteger por los Tipos Penales", en Matus, Jean Pierre (Ed.), *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el Cambio de Siglo* (Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile).

Matus, Jean Pierre (2011c): "Presente y Futuro de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados", en Jean Pierre Matus (ed.), *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el Cambio de Siglo* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).

Mera, Jorge (1998): *Derechos Humanos y Derecho Penal Chileno* (Santiago, Conosur).

Mir Puig, Santiago (1985): *Derecho Penal: Parte General (Fundamentos y Teoría del Delito)"* (Barcelona, Editorial PPU).

Monge Rodríguez, María Fernanda (2016): "Hacia un Derecho Penal Internacional del Medioambiente: Los Crímenes contra el Medioambiente como la Quinta Categoría en el Estatuto de Roma" (San José de Costa Rica, Universidad de Costa Rica)

Muncie, John (2005): "The Globalization of Crime Control – The case of youth and juvenile justice: Neo Liberalism, Policy Convergence and International Conventions", en *Theoretical Criminology*, Vol. 9 N° 1: pp. 35-64.

Nieto Martín, Adán (2012): "Bases para un futuro Derecho Penal Internacional del Medioambiente" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 16: pp. 137-164.

Novoa Monreal, Eduardo (2005): C*urso de Derecho Penal Chileno, Parte General* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).

Piña Rochefort, Juan Ignacio (2010): "La Función del Derecho Penal. Breves consideraciones sobre un problema clásico", en Miguel Schweitzer Walters (coord.), *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege, Homenaje a grandes penalistas chilenos* (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae) pp. 295-313.

Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia (2015): *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General* (Santiago de Chile, Thomson Reuters)

Rettig Espinoza, Mauricio Alfredo (2010) "El Principio de Legalidad en la reciente Reforma del Código Penal Chileno", en *Revista Brasilera de Ciencias Criminales*, Vol. 18 Nº 85: pp. 159-218.

Roxin, Claus (2015): *Derecho Penal, Parte General* (Santiago, Thomson Reuters).

Ruiz Rodríguez, Luis (2003): "Las Catástrofes Medioambientales y la Aplicación de la Ley Penal en el Espacio", en *EGUZKILORE San Sebastián*, Nº 17: pp. 47-56.

Scahbas, William (2000): "Principios Generales del Derecho Penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Parte III)", en Kai Ambos y Oscar Guerrero, (eds.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 263-308.

Sunga, Lyal (2000): "La jurisdicción rationae materiae de la Corte Penal Internacional (parte II, arts. 5 a 10)", en Ambos, Kai y Guerrero, Oscar (Ed.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 227-262.

Villalpando, Waldo (2009): "El Nuevo Derecho Internacional Penal. Los Crímenes Internacionales", en *Invenio (Universidad del Centro Educativo Latinoamericano)*, Vol. 12 N° 23: pp. 15-35.

# LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL Y LAS MULTAS QUE APLICA LA ADMINISTRACIÓN A RAÍZ DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

# THE JUDICIAL RESTRAINT OF THE PENALTY CLAUSE AND THE FINES APPLIED BY THE ADMINISTRATION WITHIN THE DEVELOPMENT OF THE ADMINISTRATIVE CONTRACT

*Emilio Pfeffer Berger*[*]

RESUMEN: En primer lugar, se examina la naturaleza jurídica de las multas impuestas por la Administración dentro de la ejecución de un contrato administrativo. En segundo lugar, se discute acerca de la ejecución por parte de la Administración de las multas sin un proceso judicial previo, de la posibilidad de revisar judicialmente la cláusula penal y los mecanismos de moderación judicial que existen en caso de una desproporción de las multas. Se concluirá que existe la necesidad de establecer medios claros y eficientes para la revisión de la aplicación de multas por parte de la Administración, las cuales muchas veces son desproporcionadas.

PALABRAS CLAVE: Cláusula Penal - Multa Administrativa - Moderación Judicial - *Ius Puniendi* - Contrato Administrativo - Proporcionalidad

ABSTRACT: In the first place, the paper examines the legal nature of the fines imposed by the Administration within the execution of an administrative contract. Secondly, there is a discussion about the Administration's execution of the fines without a prior judicial process, the possibility of judicial review

[*] El autor es abogado asociado en Philippi, Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: emilio.pfeffer@ppulegal.com

of the penalty clause and the mechanisms of judicial moderation that exist in case the fines are disproportionate. Finally, it will be concluded that there is a need to establish clear and efficient means to review the application of fines by the Administration, which are often disproportionate.

KEYWORDS: Penalty Clause - Administrative Fine - Judicial Moderation - *Ius Puniendi* - Administrative Contract - Proportionality

* * *

## I. INTRODUCCIÓN

La cláusula penal es un contrato que se encuentra definido en el artículo 1535 del *Código Civil* como aquel

> "(...) en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal".

El control judicial de la cláusula penal es una materia que reviste especial relevancia, ya que importa la intervención directa de los jueces en contratos y cláusulas que acordaron las partes de una convención de forma voluntaria. Bien podría sostenerse, en consecuencia, que esta intromisión de la judicatura podría afectar principios fundamentales del Derecho Privado, como son la autonomía de la voluntad y la intangibilidad de los contratos.

Los tribunales pueden actuar de diversas formas en torno a la cláusula penal. En primer término, pueden evaluar la procedencia de la nulidad de una cláusula penal, examinando que contenga los requisitos de validez y existencia. También podrían los jueces determinar si la pena resulta excesiva en relación con la obligación establecida en el contrato, es decir, analizar si existió una cláusula penal enorme en los términos establecidos en el artículo 1544 del *Código Civil*. Finalmente, si se ha cumplido de manera parcial la obligación principal establecida en el contrato, el juez podrá rebajar de forma prudencial y proporcional la pena asociada a dicho cumplimiento.

Como parte del análisis de procedencia de la pena, el tribunal siempre deberá evaluar de forma preliminar si el deudor respecto del que se puede exigir la pena ha dado cumplimiento a la obligación principal, si un eventual incumplimiento le es imputable y si el deudor se encuentra en mora.

Las situaciones recién descritas presentan algunas particularidades cuando se trata de las multas aplicadas por la Administración del Estado en el marco de la ejecución de los contratos administrativos.

Este trabajo comenzará explicando, brevemente, la discusión respecto de la naturaleza jurídica de las multas impuestas por la Administración dentro de la ejecución de un contrato administrativo. En esta discusión existen,

por un lado, posiciones que plantean que las multas serían sanciones administrativas y, por otro lado, aquellas que sostienen que las multas son cláusulas penales. Las consecuencias de adoptar una u otra postura varían sustancialmente.

Se revisarán en este trabajo los principales argumentos que se esgrimen en favor de ambas posturas, para luego –adhiriendo a aquella promovida por la Contraloría General de la República, que resuelve que las multas constituyen una cláusula penal– abordar dos grandes temas que generan conflicto en relación con el cobro de las multas:

i) la ejecución por parte de la Administración de las multas sin un proceso judicial previo y
ii) cómo podría realizarse una moderación judicial en caso de una desproporción de las multas.

En cuanto al primer punto, se establecerán las razones por las que la cláusula penal debe ser revisada judicialmente, para luego analizar algunos argumentos en favor de que se apliquen multas en el marco de un procedimiento administrativo sin necesidad de acudir a los tribunales.

En relación con el segundo punto, se expondrán las posibilidades que contempla la ley para que se realice una moderación judicial en caso de una desproporción de la multa.

Para efectos de este análisis, es importante tener presente que a pesar de que las multas puedan ser consideradas cláusulas penales, en la práctica existen varias diferencias entre una cláusula penal común en materia civil y las multas que se aplican producto de los contratos administrativos. Estas particularidades tienen su origen tanto en la legislación que regula de forma general a la Administración del Estado como en ciertas leyes especiales, entre ellas la ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

En este sentido, el profesor Moraga Klenner escribió:

> "(...) los contratos que celebra la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto aquéllas, las normas del Derecho Privado"[1].

De esta manera, queda de manifiesto que el estatuto jurídico de los contratos administrativos contiene ciertas particularidades que lo diferencian del contrato civil.

[1] Moraga Klenner (2010) p. 341.

## II. Breve síntesis de la discusión sobre la naturaleza jurídica de las multas que aplica la administración

La controversia en torno a la naturaleza jurídica de las multas que aplica la Administración se origina a partir de la jurisprudencia administrativa de la Contraloría que sostiene que las multas impuestas por la Administración originadas en incumplimientos contractuales tienen la naturaleza de *cláusula penal*, la que ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, que argumenta que las multas son *sanciones administrativas*.

Lledó Veloso y Pardo Donoso resumen la controversia de la siguiente forma:

> "En Chile no hay una teoría clara y uniforme. En efecto, existen dos perspectivas contrapuestas. La primera sostiene que la sanción contractual se impone en ejercicio de potestades públicas, de una facultad de imperio y con fuerza obligatoria contra los particulares (por ende, sujeta a los principios del Derecho Administrativo Sancionador). La segunda señala que la sanción contractual tiene naturaleza contractual civil, en la que las partes (Administración y particular contratante) actúan en un plano de igualdad, ejerciendo derechos y no potestades. Es decir, se trataría del ejercicio de una cláusula penal"[2].

La Contraloría ha concluido que las multas tienen el carácter de cláusula penal. Así, el dictamen N° 47.611, de 26 de julio de 2013, que resolvió una solicitud a dicho organismo para que se pronunciara acerca de la proporcionalidad de una multa, estableció:

> "la jurisprudencia administrativa contenida en los dictámenes N$^{os}$ 30.642, de 1989, 5.287 y 6.010, ambos de 1992, entre otros, ha reconocido que *las estipulaciones contractuales que contienen multas asociadas al incumplimiento de las obligaciones convencionales tienen el carácter de cláusula penal*, la que se encuentra definida por el Código Civil en su artículo 1.535 como aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal, disposición que se aplica supletoriamente a las contrataciones regidas por la ley N° 19.886 según lo prevé su artículo 1° antes aludido" (destacado agregado).

Este criterio ha sido confirmado, recientemente, por el dictamen N°57.579, de fecha 4 de septiembre de 2016[3].

---

[2] Lledó Veloso y Pardo Donoso (2015), p. 54-55.

[3] Dictamen de Contraloría General de la República N° 57.579, de fecha 4 de septiembre de 2016, "En concordancia con lo expuesto, diversos dictámenes de esta institución de control –por ejemplo, los signados con los N$^{os}$ 34.523, de 2013, y 30.003 y 65.791, de

Por su parte, el dictamen N° 65.791, de 27 de agosto de 2014, ahonda en las diferencias entre una sanción administrativa y la cláusula penal, estableciendo que la principal diferencia radica en que la primera tiene su origen en una infracción y la segunda en un incumplimiento contractual. La Contraloría señala:

> "En cuanto a la naturaleza jurídica de las multas, cabe reiterar lo tantas veces señalado en la jurisprudencia administrativa, en cuanto a que el *fundamento que las origina es un incumplimiento contractual y no una infracción*, por lo que no revisten la calidad de una sanción administrativa. Más bien se trata de una consecuencia jurídica de una situación expresamente prevista en las bases y en el contrato, *que no implica el ejercicio del ius puniendi o potestad sancionatoria del Estado* (aplica dictámenes N$^{os}$ 65.248, de 2011 y, 21.035 y 50.606, ambos de 2012, entre otros)" (destacado agregado).

En suma, la jurisprudencia administrativa resuelve que la naturaleza jurídica de las multas es de carácter de *cláusula penal* y que cualquier controversia debe ser conocida por los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Sobre lo anterior, es relevante tener presente que las solicitudes por las que la Contraloría conoció de estos asuntos se realizaron como consecuencia de procedimientos administrativos en que se aplicaban multas por parte de la autoridad.

La posición de la Contraloría sobre la naturaleza jurídica de las multas es controvertida por los profesores Lara Arroyo y García-Huidobro, quienes realizan una extensa crítica a las conclusiones de la Contraloría, concluyendo que la naturaleza jurídica de las multas es la de *sanción administrativa* y no de cláusula penal[4]. En definitiva, los autores indican:

> "la multa no es más que la reacción del ordenamiento frente a un hecho antijurídico, a fin de establecer el equilibrio vulnerado con motivo de incumplimiento o retardo"[5].

---

2014– han reconocido que las estipulaciones contractuales que *contienen multas asociadas al incumplimiento de las obligaciones convencionales tienen el carácter de cláusula penal*, la que se encuentra definida por el artículo 1.535 del Código Civil como 'aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal'"(destacado agregado).

[4] Lara Arroyo y García-Huidobro (2014), p. 370, quienes sostienen: "(...) una asentada jurisprudencia de la Contraloría, consistente en asimilar las multas aplicadas en el marco de contratos administrativos celebrados al amparo de la Ley N°19.886 sobre Base de los Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en lo sucesivo, la 'Ley N° 19.886') a la institución de la cláusula penal".

[5] *Op. cit.*, p. 383.

Los profesores argumentan que la Contraloría incurre en un error, dado que si se aplican a las multas las reglas de la cláusula penal se vulneraría el orden de prelación establecido por la ley N° 19.886 que permite aplicar solo de forma supletoria las normas de Derecho Privado. De acuerdo con los autores, por la esencia y características del contrato administrativo, deben aplicarse las reglas de Derecho Público, por ser estas las que mejor coinciden con las necesidades de las partes en el desarrollo del contrato administrativo. Todo esto implicaría que los particulares quedarían en un estado de indefensión sin poder optar a los mecanismos de protección que normalmente existen frente a las sanciones administrativas.

Así, estos autores sustentan sus posturas en la opinión de profesores como Soto Kloss, quien sostiene que las "(...) relaciones que unen al ciudadano con el Estado/Administración no son relaciones regidas por el derecho privado (...)"[6].

Como contrargumento a lo anterior, existen otras posturas, como la del actual Contralor General de la República, Sr. Bermúdez Soto, quien sostiene:

> "El Derecho Administrativo se aplica siempre a la Administración Pública, *salvo que actúe como sujeto sometido al Derecho común*"[7] (destacado agregado).

Sobre esto último, sin ánimo de detenernos en la discusión, cabe recordar que la misma ley N° 19.886 en su inciso primero artículo 1 entrega luces acerca de la discusión al establecer:

> "Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado".

Lo cierto es que las únicas normas expresas relativas a la aplicación de multas en la ley N° 19.886 están contenidas en los artículos 11 y 8, los cuales no regulan a cabalidad la institución. A estas cabe agregar el artículo 79 ter del reglamento[8] de dicha ley que será revisado más adelante.

Por tanto, lo propio es que ante la ausencia de regulación se apliquen las reglas de Derecho Privado, como lo dispone el mentado artículo 1 de la

[6] Soto Kloss (1996), p. 37.

[7] Bermúdez Soto (2011), p. 23.

[8] Decreto N° 250 del Ministerio de Hacienda de 24 de septiembre de 2004, que aprueba el Reglamento de la ley Nº 19.886 Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

ley N° 19.886. Por esto, en atención a que el origen de las multas sería un contrato, las normas aplicables serían aquellas contenidas en el *Código Civil* relativas a la cláusula penal, las que, justamente, regulan sanciones o penas para incumplimientos o retardos contractuales.

Por el contrario, Lledó Veloso y Pardo Donoso argumentan que no podría existir una sanción administrativa en el sentido clásico, ya que las multas fijadas contractualmente no cumplen con el requisito esencial de las sanciones administrativas, esto es, que sean fijadas por el ordenamiento jurídico. Citan una sentencia del Tribunal Supremo Español que concluye que por el origen contractual de la pena no sería procedente que se llevase a cabo un procedimiento sancionador[9]. Agregan otras razones, tales como la de que la multa contractual estaría fijada para situaciones concretas, a diferencia de las sanciones administrativas, que son de aplicación general; también indican que en caso de que las multas sean tratadas como sanción administrativa existiría un mayor desequilibrio entre las partes como, por ejemplo, al existir un mismo juez y parte que decida acerca de la aplicación de las multas[10].

Adicionalmente, cabe referirse a una sentencia del Tribunal Constitucional que, conociendo de un recurso de inaplicabilidad del artículo 42, inciso primero del DFL N°164, 1991, que imponía multas a quienes circulaban sin TAG por las autopistas por montos de cuarenta veces la suma no pagada, resolvió:

> "Que, no obstante los términos literales en que está concebida la norma objetada, ella no contempla propiamente una indemnización compensatoria –en cuanto no se vincula exactamente a la reparación del perjuicio efectivamente causado por el incumplimiento–, sino que consagra una pena civil"[11].

El mismo fallo constata que existiría un contrato al establecer:

> "Al contrario, existe un contrato en cuya virtud una de las partes se obliga con la otra a pagar por el uso de un bien, sometiéndose en caso de incumplimiento al pago de las multas previstas en la ley incorporada a la convención"[12].

Con ello, el Tribunal Constitucional adopta la posición de que la naturaleza de la multa es una pena civil, sin perjuicio de estar contemplada en la ley. Ello va en línea con la interpretación de la Contraloría.

---

[9] Sentencia del Tribunal Supremo Español, 30 de octubre de 1995, N° 9-2-1998, en Lledó Veloso y Pardo Donoso (2015), p. 63.

[10] *Op. cit.*, pp. 63-65.

[11] Sentencia del Tribunal Constitucional Chile, rol N°541-2006, de fecha 26 de diciembre de 2006, considerando quinto.

[12] *Op. cit.*, considerando décimo primero.

Sin embargo, el profesor Corral Talciani tiene una opinión diversa porque estima que las multas establecidas por ley a quienes circulen sin TAG en las autopistas no tendrían su origen en contratos, con lo que se incumpliría un requisito esencial de las cláusulas penales[13].

De todas formas, sin perjuicio de la presencia de diferencias menores entre la situación expuesta en la sentencia y las multas aplicadas en el contexto de la ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en este caso el Tribunal Constitucional determinó que la naturaleza civil de la multa, aunque fuese impuesta por ley, sería una pena civil.

Por consiguiente, podemos concluir que existe un criterio preponderante establecido por la Contraloría y el Tribunal Constitucional de que las multas aplicables a raíz de incumplimientos de contratos en que se utiliza un servicio público son de naturaleza civil.

## III. Diferentes consecuencias de que las multas sean consideradas como sanciones administrativas o cláusulas penales

Como se adelantó, existen distintas consecuencias en caso que se considere a las multas como cláusula penal o como sanción administrativa.

Por un lado, Lledó Veloso y Pardo Donoso identifican que la naturaleza de *cláusula penal* de las multas significaría:

i) que las multas no serían parte del *ius puniendi* estatal;
ii) no existiría la presunción de legalidad, exigibilidad e imperio respecto del acto administrativo por el que se cobraría la multa;
iii) existiría mayor igualdad entre la Administración y los particulares;
iv) debiesen cumplirse los requisitos establecidos en el *Código Civil* para que la pena sea exigible y
v) se aplicarían las reglas civiles relativas a la prescripción[14].

Por otro lado, para el caso de que la multa sea considerada como sanción administrativa es importante aclarar que las consecuencias son todo lo contrario a lo ya indicado. Lara Arroyo y García-Huidobro agregan que la regulación administrativa ofrecería mayores garantías o facilidades a los particulares en razón de los principios que informan el Derecho Administrativo Sancionador[15]. A su vez, señalan:

[13] Corral Talciani (2012), pp. 32-33 y 107.

[14] Lledó Veloso y Pardo Donoso (2015), pp. 66-68.

[15] Lara Arroyo y García-Huidobro (2014), p. 397: "*Por el contrario, de calificar la multa contractual como sanción administrativa, la Administración verá seriamente limitadas sus potestades punitivas, por cuanto deberá ahora: (i) ponderar, en concreto, todos los elementos de hechos involucra-*

> "de aceptarse la naturaleza civil (cláusula penal) de la multa administrativa, no existirían otros límites a la autoridad que los establecidos en el artículo 1544 del Código Civil (...)"[16].

En definitiva, el principal problema de que el Derecho Común regule las multas de la Administración como cláusula penal sería la dificultad para alegar la falta de proporcionalidad de la multa en cuanto, por un lado, no se podría optar a las facilidades que ofrece el procedimiento administrativo y, por otro, solo se podrían impugnar las multas haciendo uso de los estrictos mecanismos que ofrece el *Código Civil*.

En los acápites siguientes revisaremos dos consecuencias de que la naturaleza de la multa sea considerada civil: la moderación que pueden realizar los jueces de las cláusulas penales que se consideren desproporcionadas a la luz de las reglas del Derecho Civil y la obligación del Estado de someter la ejecución de las multas al conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia.

## IV. La cláusula penal siempre puede ser revisada en un proceso civil

Los tribunales de justicia son los órganos competentes para revisar la procedencia de la cláusula penal al ser esta una institución de carácter civil. No obstante lo anterior, en la mayoría de los casos la Administración sigue procedimientos de carácter administrativo para obtener el cobro de la multa[17].

Desde este prisma, en este acápite se sostendrá que la regla general indica que la cláusula penal debe demandarse ante los tribunales. Sin perjuicio de lo anterior, se expondrán algunas situaciones que alteran dicha regla general, permitiendo que la Administración cobre la cláusula penal conforme a un procedimiento administrativo. Aun en este caso, siempre la procedencia de la cláusula penal y su cobro podrían ser revisados por un juez independiente e imparcial.

---

*dos en el caso particular y no sólo las disposiciones contractuales, a fin de determinar la cuantía de la multa a aplicar; (ii) fundamentar su decisión en forma suficiente y completa; (iii) la imposición de una multa contractual debe ir necesariamente precedida de un procedimiento* administrativo sancionador, en el que se reconozca el derecho a defensa del privado contratante; y (iv) respetar las garantías y principios penales que, en términos atenuados, se reconocen constitucional y legalmente".

[16] *Op. cit.*, p. 396.

[17] Dictamen de Contraloría General de la República N° 47.611 de 26 de julio de 2013, dictamen N° 65.791 de 27 de agosto de 2014, dictamen N° 30.003 de 29 abril de 2014. Estos dictámenes de la Contraloría General de la República constatan que la calificación jurídica de la multa es de cláusula penal y responden a solicitudes realizadas por particulares que alegan la falta de proporcionalidad de las multas aplicadas por la Administración. Lo anterior demuestra que, no obstante ser cláusulas penales, es la Administración la que realiza el cobro.

En consecuencia, la procedencia del cobro de las cláusulas penales siempre puede ser revisada por un juez civil o arbitral cuando corresponda. Este criterio es el que ha seguido tanto la jurisprudencia judicial como administrativa mayoritariamente, según queda de manifiesto en los siguientes ejemplos:

En primer lugar, el dictamen N° 47.611 de Contraloría General de la República, de 26 de julio de 2013, establece:

> "(...) no se advierten irregularidades en la actuación de la autoridad al calcular y aplicar las multas, pues el monto final de las mismas se determinó atendidos los incumplimientos específicos del contratista, sin perjuicio de hacer presente que conforme con lo previsto en el artículo 1.544 del Código Civil, que regula la cláusula penal enorme, *corresponde a los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la materia y moderarla en caso de estimarse desproporcionada* (aplica dictamen N° 34.523, de 2013)" (destacado agregado).

En el mismo sentido, el dictamen N° 30.003 de Contraloría General de la República, de 29 abril de 2014, señala:

> "En ese contexto normativo y jurisprudencial, no resulta posible a esta Entidad de Control referirse a una eventual desproporción de la multa aplicada lo que habría significado un enriquecimiento sin causa para la Administración, toda vez que, *sin perjuicio de lo establecido en las respectivas bases de licitación del convenio marco, dicha apreciación corresponde realizarla a los Tribunales de Justicia*" (destacado agregado).

En efecto, el mismo dictamen concluye :

> *"corresponde a los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la denominada 'cláusula penal enorme' y moderarla en caso de estimarse desproporcionada"* (destacado agregado).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha fallado:

> "La cláusula penal es una pena privada, pero su ejecución está sujeta igual que cualquier contrato a la potestad judicial y, no solo eso, sin que se atribuyen al juez poderes de revisión de que no goza respecto de otras estipulaciones contractuales"[18].

Así también lo ha establecido la doctrina precisando que la cláusula penal debe cobrarse por medio de una demanda cuya tramitación se sustancie en un procedimiento ordinario ante jueces civiles, a menos que las partes hayan acordado de forma voluntaria someter el asunto controvertido

[18] Corral Talciani (2012), p. 30.

al conocimiento de un juez árbitro[19]. Por último, incluso se discute que la cláusula penal podría demandarse en un juicio ejecutivo[20].

Por lo demás, en el caso de las multas por el uso de autopistas en caso de ausencia de TAG el Tribunal Constitucional también comparte esta visión "La sanción es impuesta por sentencia dentro de un proceso judicial desarrollado según el procedimiento previsto por la ley"[21].

Sobre esta materia, la Constitución Política de la República en su artículo 76[22] y el artículo 1 del *Código Orgánico de Tribunales*[23] establecen que el conocimiento de las controversias relativas a causas civiles les compete a los tribunales designados exclusivamente por la ley, prohibiendo de forma expresa que otros poderes u órganos del Estado puedan avocarse el conocimiento de dichos asuntos.

De esta forma, es innegable que, si la institución es de carácter civil, también lo debe ser el proceso que resuelva las controversias en torno a ella. Es más, tampoco podría prorrogarse la competencia a una sede administrativa ya que esta disposición es de orden público.

Este criterio se ve apoyado por lo dispuesto en el artículo 1535 del *Código Civil* que dispone que la cláusula penal solo procede en caso de que exista incumplimiento o retardo del deudor, materia propia de discusión que no corresponde que sea resuelta unilateralmente por una de las partes.

A su vez, el artículo 1542 establece: "Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos que se hubiese estipulado (...)" de lo que también se desprende que debe probarse previamente la estipulación frente a un juez, antes de poder aplicar las multas de forma unilateral por la administración.

Por lo demás, si el procedimiento de aplicación de multas es dirigido por una de las partes interesadas como lo es la Administración, sin duda que se vulnerarían los principios básicos del debido proceso[24], en particular

---

[19] *Op. cit.*, p. 200.

[20] Feliu Rey (2014), pp. 210-216; Corral Talciani (2012), pp. 202-220 y Corral Talciani (2008), pp. 451-470.

[21] Sentencia del Tribunal Constitucional Chile, rol N°541-2006, de fecha 26 de diciembre de 2006, considerando décimo primero.

[22] "La facultad de conocer de las *causas civiles* y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece *exclusivamente a los tribunales* establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos" (destacado agregado).

[23] El artículo 1 del *Código Orgánico de Tribunales* se pronuncia en el mismo sentido: "La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley".

[24] El profesor Cea escribió lo siguiente sobre el debido proceso y sus principios: "En tal sentido, el proceso justo incluye independencia e imparcialidad en los órganos que investigan y juzgan; igualdad en su interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico; garantías de asesoría y defensa; en fin y sin agotar el enunciado, certeza o seguridad jurídica en punto al

aquellos que dicen relación con la imparcialidad e independencia del órgano llamado a resolver alguna controversia[25].

Otro argumento a favor de que la cláusula penal debe exigirse por medio de un proceso civil se encuentra en el artículo 1543 del *Código Civil*, que establece como regla general que no podrá exigirse el pago de la indemnización junto al pago de la cláusula penal, salvo que se pacte expresamente la procedencia de ambas de forma conjunta. Esto es importante porque, a menos que los contratos administrativos establezcan expresamente que podrá cobrarse tanto la pena como los perjuicios, la ley es clara al requerir una decisión del acreedor al respecto, declaración que necesariamente debe darse en un proceso judicial.

Sin perjuicio de los argumentos expuestos en favor de la revisión judicial, resulta relevante exponer algunos contraargumentos o circunstancias que pueden alterar la obligación de la Administración de demandar el cobro de la cláusula penal.

Una primera visión es aquella que presentan los profesores Lara Arroyo y García-Huidobro, quienes sostienen que incluso si la multa fuese de naturaleza civil, esta debería aplicarse en un proceso administrativo, sin intervención judicial. Señalan:

> "La multa contractual será, entonces, un acto administrativo dictado por la propia Administración, que se traduce en una afectación al patrimonio de un privado en el contexto de un procedimiento administrativo de autotutela y sin necesidad de intervención judicial"[26].

En esta línea, los citados autores establecen que para la imposición de una sanción contractual debe previamente realizarse un procedimiento administrativo que asegure las reglas de un debido proceso y el derecho a la defensa[27].

En segundo lugar, debe exponerse que podría ocurrir que las partes acuerden que el acreedor retenga ciertas sumas que el deudor le haya anticipado en una fase anterior de la ejecución del contrato, evitando tener que presentar una demanda para perseguir el cobro de la cláusula penal. Por

concepto o delimitación de los plazos, a la irretroactividad de las normas y a su configuración por el legislador". A su vez, el mismo autor se refiere a la implicancia de la imparcialidad del siguiente modo: "La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia".

[25]En el mismo sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado: "el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador". Sentencia del Tribunal Constitucional Chile, rol N°481-2006, de fecha 4 de julio de 2006, considerando séptimo.

[26] Lara Arroyo y García-Huidobro (2014), pp. 385-386.

[27] *Op. cit.*, p. 386.

tanto, en ese caso el particular sería quien deba interponer una demanda en contra la Administración alegando un cobro improcedente de la multa.

En este sentido, el profesor Corral Talciani, apoyado por jurisprudencia[28], manifiesta:

> "Nada prohíbe que se pacte que la pena se anticipe al acreedor para el caso de un incumplimiento y que se le autorice a hacerla suya si la obligación principal no se cumple"[29].

Por ejemplo, esta situación podría ocurrir respecto de los anticipos que se realizan por medio de las boletas de garantías, muy habituales en contratos administrativos[30].

A su vez, el inciso tercero del artículo 11 de la ley N° 19.886[31] autoriza a la Administración a que: "Con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas". En efecto, sin perjuicio de lo analizado, es claro que es la misma ley la que en definitiva autoriza a hacer valer las cauciones para el pago de las multas y sanciones. De todas maneras, cabe consignar que la ley no define si se podrán hacer valer las cauciones antes o después de una determinación judicial, pero se entiende que sería de forma previa.

En relación con este tema, cabe señalar que el citado profesor Corral Talciani concluye que en caso de retenerse los anticipos cobrados por concepto de cláusula penal

---

[28] Sentencias citadas en Corral Talciani (2012), pp. 166-168.

[29] *Op. cit.*, p. 166.

[30] *Op. cit.*, p. 168 concluye: "La pena anticipada o de retención asemeja la cláusula penal a la boleta bancaria de garantía, ya que en esta el acreedor ante el incumplimiento puede simplemente disponer del valor de la boleta reclamando su pago al banco emisor".

En relación con lo anterior, resulta conveniente analizar la posibilidad de retener las boletas de garantía para el pago de la cláusula penal o de la multa sin acuerdo expreso. Para esto es importante recordar que ambas instituciones persiguen garantizar el incumplimiento de la obligación principal, pero tienen ciertas diferencias entre las que encontramos que para realizar el cobro de la cláusula penal no es necesaria la existencia de perjuicios, pero para el cobro de las boletas de garantía el deudor puede exigir que estos se acrediten.

Entonces, un primer problema resulta de la situación de que el particular constituya una boleta de garantía a efectos de garantizar la reparación de perjuicios y, luego, la Administración podría cobrar esa boleta para el pago de la multa sin existir perjuicios.

Dentro de este tema, un segundo problema que podría surgir es que al cobrar la boleta de garantía o anticipos por concepto de cláusula penal o multa, se podría sostener que el acreedor ha renunciado tácitamente a la elección que le ofrece el artículo 1543 del *Código Civil* que le permite optar por la pena o bien la indemnización de detrimento alguno.

[31] Dictamen N° 47.611 de 26 de julio de 2013: "La misma disposición se recoge en el N° 6 del artículo 20 del decreto N° 95, de 2006, del Ministerio de Hacienda, Reglamento de la referida ley N° 18.928, con ocasión del contenido mínimo de las bases, agregando en el N° 4 del artículo 21, que se puede contemplar como contenido adicional de las mismas, cualquier otra materia que no contradiga a las disposiciones que señala".

> "debe reconocerse la facultad para pedir judicialmente la devolución de lo retenido si no se han verificado los requisitos de la cláusula penal"[32].

Un tercer contraargumento surge con la modificación al reglamento[33] de la ley N° 19.886 realizada el 12 de mayo de 2015, que incorporó el artículo 79 ter[34]. Esta disposición establece expresamente la posibilidad de que la Administración aplique las multas; obliga a que las multas tengan un límite y sean proporcionales; y, por último, establece que el procedimiento de cobro debe respetar ciertos principios y proceder mediante una resolución fundada respecto de la cual procederán recursos administrativos.

De esta forma, es claro que la Administración intentó solucionar el problema de aplicación de multas, estableciendo una mayor claridad acerca de la procedencia de las multas y el procedimiento administrativo por el que podían ser aplicadas.

En relación con lo anterior, conviene destacar que dicha norma no altera la naturaleza jurídica de la multa ni la posibilidad de revisión de la misma, pero sí aclara varios elementos de importancia, en particular el procedimiento de cobro. Sin embargo, al no tener esta disposición rango legal, es discutible la aplicación que pueda tener y si cabe dentro de las normas de *derecho público* a las que se refiere el artículo 1 de la ley N° 19.886.

En definitiva, es posible concluir que se encuentra asentado que las multas, entendidas como cláusulas penales, siempre pueden ser analizadas por los Tribunales de Justicia y que la revisión judicial es una garantía mínima del debido proceso. No obstante lo anterior, según hemos revisado, el

---

[32] Corral Talciani (2012), p. 222.

[33] Decreto N° 250 del Ministerio de Hacienda de 24 de septiembre de 2004, que aprueba el Reglamento de la Ley Nº 19.886 Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

[34] *Op. cit.*, "Artículo 79 ter.- En caso de incumplimiento por parte de los proveedores de una o más obligaciones establecidas en las bases y en el contrato, la Entidad podrá aplicar multas, cobrar la garantía de fiel cumplimiento, terminar anticipadamente el contrato o adoptar otras medidas que se determinen, las que deberán encontrarse previamente establecidas en las bases y en el contrato.

Con todo, las medidas que se establezcan deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento. Si la medida a aplicar consistiere en el cobro de multas, las bases y el contrato deberán fijar un tope máximo para su aplicación.

Asimismo, las bases y el contrato deberán contemplar un procedimiento para la aplicación de las medidas establecidas para los casos de incumplimientos, que respete los principios de contradictoriedad e impugnabilidad. En virtud del mencionado procedimiento siempre se deberá conceder traslado al respectivo proveedor, a fin de que éste manifieste sus descargos en relación al eventual incumplimiento. La medida a aplicar deberá formalizarse a través de una resolución fundada, la que deberá pronunciarse sobre los descargos presentados, si existieren, y publicarse oportunamente en el Sistema de Información. En contra de dicha resolución procederán los recursos dispuestos en la Ley Nº 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado".

control judicial puede concretarse de dos formas. La primera es que la Administración demande civilmente el pago de la cláusula penal pactada si es que no tiene posibilidades de realizar alguna retención de forma previa. La segunda manera es que la Administración determine que hubo un incumplimiento o retardo imputable al particular y retenga ciertos dineros para el pago de la multa, por lo que sería el privado quien, en caso de discrepar del cobro, debiese demandar la restitución alegando la improcedencia de la multa.

Respecto a ambas maneras de control judicial de las multas, es relevante constatar que podrá parecer que ambos mecanismos ofrecen la misma posibilidad de revisión judicial y que de cualquier forma se cumpliría el mismo objetivo de determinación de la procedencia del cobro de la multa, pero lo cierto es que existen implicancias prácticas en cada posibilidad.

En cuanto a las consecuencias de seguir de forma previa un proceso administrativo, cabe mencionar que por el solo hecho de existir una parcialidad o interés de la Administración en el asunto es que existen altos riesgos de arbitrariedades por parte de esta en la ejecución injustificada de boletas o multas.

Luego, una de las consecuencias más importantes es que las partes, además de enfrentar un procedimiento administrativo, después deberán seguir un nuevo proceso civil si es que se pretende continuar con la impugnación de la multa. Sin duda, esta situación no solo significa un costo altísimo sino que, también, implica que la incerteza jurídica en relación con la procedencia de las multas se puede extender por años.

Por lo demás, los particulares se exponen a que se les cobre la multa antes del proceso judicial lo que muchas veces afecta la capacidad financiera de las empresas para continuar su giro mientras se demanda judicialmente la revisión de la multa.

Adicionalmente, es relevante mencionar que, independiente de quien demande, ya sea el Fisco o el privado, la carga de la prueba no debiese verse alterada puesto que en conformidad al artículo 1698 del *Código Civil*, el acreedor debe acreditar la existencia de la obligación y el deudor su extinción. Sin embargo, en la práctica se subentiende que es el demandante quien tiene la carga de la prueba.

Aun más, si el privado demanda después de haberse seguido un proceso administrativo, no solo se vería en la posición de intentar socavar la procedencia de la multa sino que, también, el procedimiento administrativo previo por el que se le impuso la penal civil.

Por otro lado, una de las consecuencias que se daría si es que se permitieran cobros de multa solo por medio de procesos civiles es que existiría un aumento en dichas demandas de cobro, generando una sobrecarga a los tribunales y una mayor burocracia. Por ejemplo, en los Contratos Marco que se ejecutan de forma permanente en el tiempo y que pueden presentar varios

incumplimientos o retrasos, la Administración debería interponer demandas ante cada uno de ellos.

En conclusión, si bien resulta claro que en la mayoría de los casos las multas las aplica la Administración por medio de un procedimiento administrativo y que pueden ser revisadas judicialmente, este es un mecanismo que genera serias desventajas a los particulares que contratan con la Administración. Por consiguiente, es esperable que se defina un solo proceso especial para el cobro de las multas que ofrezca las garantías de un debido proceso dentro de las que se destacan la independencia e imparcialidad.

## V. Mecanismos de moderación judicial para enfrentar la desproporción de la cláusula penal

Uno de los argumentos de los profesores Lara Arroyo y García Huidobro para sostener que las multas debían ser consideradas sanciones administrativas es que el particular tendría mayores herramientas para alegar o intentar impugnar multas desproporcionadas impuestas por la Administración.

Entonces, sin perjuicio de las herramientas que puede ofrecer un procedimiento administrativo, es importante analizar las posibilidades que ofrece nuestra regulación civil que, bajo la interpretación de la Contraloría, debiese regir sobre la materia. En vista de lo anterior, esta sección se dividirá en dos partes: la primera, tratará los mecanismos de moderación establecidos de forma específica en la ley y su procedencia en el caso de que existan multas por retardo, la segunda, abordará las distintas posibilidades que podrían existir en caso de que los mecanismos de los artículos 1539 y 1544 del *Código Civil* no sean suficientes.

### *A. La moderación judicial de acuerdo con los artículos 1539 y 1544 del* Código Civil

De acuerdo con la legislación vigente, la pena podrá ser modificada de dos maneras.

La primera la establece el artículo 1539:

> "Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal".

Como puede advertirse, el legislador permite que la parte que haya cumplido parcialmente con la obligación principal garantizada pueda solicitar la rebaja proporcional de la pena.

El fundamento de esta norma sería la de evitar un enriquecimiento injusto, ya que no se reconocería el cumplimiento parcial de una de las partes si es que se le aplica la misma pena que si incumplía totalmente con su obligación. Una segunda razón tiene relación con que se presume la voluntad de las partes, asumiendo que pensaron en aplicar como pena cierto monto solo en el caso de un incumplimiento total[35].

Sobre lo anterior, es relevante reproducir las conclusiones a las que ha llegado el profesor español Feliu Rey en relación con el artículo 1154[36] del *Código Civil* español que es muy similar al chileno

> "no sería equitativo que se condenase al deudor a la satisfacción íntegra de la pena cuando el incumplimiento llevado a cabo por el mismo sea parcial, debiendo el juez proceder a adecuar la pena al cumplimiento realizado"[37].

En efecto, es relevante destacar que, si bien ambas normas parten de la base de que se podría modificar la pena en caso de un cumplimiento parcial, existe una diferencia relevante entre ambas puesto que el *Código* español permite que dicha modificación se realice sobre la base de la equidad, entregando un mayor rango de acción al juez. Esta misma diferencia se presenta en relación al artículo 1231 del *Código Civil* francés que establece:

> "Cuando la obligación hubiera sido cumplida en parte, la pena convenida podrá, incluso de oficio, ser disminuida por el juez en proporción del interés que el cumplimiento parcial hubiera proporcionado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1152. Toda estipulación en contrario se reputará como no escrita".

En relación con la mayor libertad que ofrece al juez el sistema español y francés, estimamos que es positivo puesto que le entrega la posibilidad de solucionar problemas en los que el juez normalmente enfrentaría dificultades. Por ejemplo, sin duda sería difícil evaluar el cumplimiento parcial de obligaciones indivisibles o en aquellos casos en que la pena consista en una obligación de hacer.

Adicionalmente, nuestra legislación ofrece una segunda manera en que la pena puede ser modificada por el juez, la que procede en la situación

[35] De lo anterior, se deduce que las partes podrían pactar que en caso de un cumplimiento parcial no sería posible la reducción. Deducción que se ve apoyada en el hecho de que la misma ley permite la acumulación de la indemnización de perjuicios y la pena. Corral Talciani (2012), p. 279. Sin perjuicio de lo anterior, cabe consignar que el *Código Civil* francés rechaza cualquier acuerdo que prohíba la reducción de la pena.

[36] Artículo 1154 del *Código Civil* español: "El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor."

[37] Feliu Rey (2014), p. 205.

descrita por el artículo 1544 del *Código Civil*, que se reproduce a continuación

> "*Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.*
>
> La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.
>
> En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular.
>
> En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme."

De la norma expuesta se advierte que el legislador realizó una distinción importante al establecer que para el caso de las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado el juez podrá moderar la pena si es que pareciera enorme. Por otro lado, en cuanto a las obligaciones en que se deba pagar una cantidad determinada, el legislador estableció un criterio específico que consiste en la posibilidad de pedir la reducción de la pena hasta el doble de la obligación principal.

En suma, es posible concluir que el legislador acotó las posibilidades de modificación de la pena con lo que resguardaría la voluntad de las partes. En este sentido, sin duda que los límites impuestos por ley pueden funcionar en muchos casos, pero hay otras situaciones respecto de las cuales pueden existir discrepancias como, por ejemplo, las multas por retardo en el cumplimiento de la obligación principal. A causa de lo anterior, debemos evaluar si la regulación es suficiente como para evitar ciertas penas desproporcionadas.

Para efectos de desarrollar este análisis resultará interesante exponer un ejemplo concreto de desproporción en las multas que se pueden dar en el contexto de contratos administrativos. En relación con los contratos administrativos de suministro o prestación de servicios está el caso de una señora que solicitó un pronunciamiento a Contraloría porque a su juicio la multa de $17.091.970 aplicada por Carabineros por un atraso de cinco días en el cumplimiento de la obligación de entrega de "542 tenidas Palm Beach" era desproporcionada en razón de que la obligación principal ascendía a $34.231.296 lo que se oponía a los principios de buena fe y enriquecimiento sin causa[38].

[38] Dictamen de la Contraloría General de la República N°47.611 de 26 de julio de 2013. La cláusula por la que se acordó la fórmula de la multa establecía lo siguiente "si el adjudicatario no entrega las especies dentro de los plazos estipulados, estará obligado a pagar una multa por incumplimiento, la que se calculará sobre el precio de las especies atrasadas, incluidos los

Pues bien, el caso presentado sin duda que podría constituir un buen ejemplo de desproporcionalidad puesto que se aplica una multa por día de retraso que resulta del todo desmedida por su magnitud y porque se generó en un plazo breve de tiempo.

Es indesmentible que se genera una injusticia en estos contratos, ya que resulta poco razonable que se pague casi la mitad de la obligación principal por tan solo unos pocos días de retraso en la entrega. Por cierto, cabe agregar que en otro tipo de contratos administrativos se genera la misma problemática respecto de las multas por retraso.

En consecuencia, es pertinente analizar el tratamiento que se le debe dar a la cláusula penal moratoria en el caso de las multas que se aplican por día de retraso por la Administración.

Producto de lo anterior, podría establecerse que la ejecución retrasada produciría un incumplimiento parcial por lo que debería evaluarse proporcionalmente en conformidad a lo establecido por el artículo 1539 del *Código Civil*. Empero, Corral Talciani tiene una opinión contraria:

> "Pensamos que si así fuera se estaría desnaturalizando el objetivo propio de la pena moratoria, que es justamente que proceda por causa de retraso por lo que no procede la reducción"[39].

Coincidimos con la opinión del profesor Corral Talciani. Si una persona fija una pena moratoria lo que persigue garantizar es que la obligación se cumpla a tiempo. Por tanto, si existe una pena fijada por día de retraso, como el caso en análisis, al retrasarse un día se produce un incumplimiento total y no parcial.

La dificultad en este tema se da en cuanto no existe determinación del valor de la obligación que se busca garantizar con la pena moratoria, ya que las partes no han fijado el valor de cumplir a tiempo con la obligación, sino que solo han establecido una multa, la cual puede ser desproporcionada.

La diferencia entre la pena compensatoria, aquella que garantiza la obligación principal, y la moratoria nace en que ambas podrían ser cobradas conjuntamente. Esta característica resulta patente a partir de la sentencia de la Excma. Corte Suprema que se reproduce:

> "Pero existe, aún, otra hipótesis a considerar y, es que la pena pactada lo haya sido en carácter moratorio, puesto que en este caso es admisible

impuestos, aplicando el valor resultante de la siguiente fórmula, por cada día de atraso: Rmd = 0,6 * ( m / Po). Aclara que 'Rmd' es la razón de la multa diaria, 'm' el monto de la oferta económica equivalente al total de la especie atrasada y 'Po' el plazo ofertado". Numeral 4.10 de las bases que rigieron el proceso licitatorio en cuestión -aprobadas por la resolución exenta N° 299, de 2012, de la Dirección Nacional de Logística de Carabineros de Chile.

[39] Corral Talciani (2012), p. 281.

> su cobro junto con la prestación principal que se haya incumplido. Al respecto en la dogmática se ha consignado que se justifica que el acreedor no pueda cobrar al mismo tiempo la obligación principal y la pena porque en tal situación se estaría obteniendo un pago doble: el cumplimiento y la sanción, pero ello obviamente se refiere a la pena compensatoria y no a la moratoria, que siempre puede añadirse al cumplimiento porque indemniza el retardo"[40].

Así, la jurisprudencia también distingue entre la pena compensatoria y la moratoria, de lo que se desprende que para efectos de evaluar los límites de la pena moratoria no podría utilizarse como parámetro la obligación principal.

Entonces, sobre la base de que el retraso sería un incumplimiento total de obligación de cumplir a tiempo, cabe evaluar si procedería una reducción por cláusula penal enorme. Como se mencionó previamente, el artículo 1544 del *Código Civil* distingue dos situaciones para determinar si es que existe enormidad de la cláusula penal: por un lado, si la obligación que se garantiza es del pago de una cantidad determinada, el juez tiene poca libertad para modificarla y, por el otro, si la obligación es el pago de una cantidad indeterminada, el juez puede modificarla prudencialmente.

A causa de lo anterior, cabe determinar si la pena moratoria debe vincularse a la obligación principal o a una especial para el valor que se intenta resguardar con el retardo. Dentro de este análisis, es pertinente reiterar las consideraciones recién expuesta en torno a las diferencias presentes entre la pena compensatoria que se vincula a la obligación principal y la pena moratoria.

Además, podemos establecer que no parece lógico que exista el mismo límite a la cláusula penal que se puede imponer por el retraso en la entrega de un bien y respecto de la que se puede aplicar por el incumplimiento de la obligación principal. Por lo demás, la Excma. Corte Suprema, determinó lo siguiente:

> "*Que esta Corte estima que la cláusula penal moratoria* convenida tiene valor inapreciable cuando fue convenida, pues, su monto final dependía del tiempo del atraso"[41].

En consecuencia, las multas administrativas por retardo deberían ser evaluadas de forma prudencial por el juez, según lo establece el ya citado artículo 1544, porque, si bien existe un vínculo entre la obligación principal

[40] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 27 de mayo de 2015, rol N° 21.897-2014, considerando séptimo.

[41] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 29 de abril de 2013, rol N° 9841-2011, considerando quinto.

y el retardo, el valor que se busca garantizar con la multa es inapreciable o indeterminado. No obstante lo anterior, ello igualmente implicaría que el juez no pueda libremente analizar la rebaja de pena, sino que deberá evaluar la multa bajo el parámetro de la *enormidad*.

De este modo, bajo el ejemplo entregado, el juez tendrá la obligación de evaluar si la multa acordada por día de retraso es o no excesiva en relación con el valor del retardo el que deberá determinarse prudencialmente.

La relevancia de utilizar esta forma de análisis es que el juez tendrá la posibilidad de evaluar con mayor libertad la procedencia de la multa, ya que en el otro caso solo podía determinar si es que se sobrepasaba el límite. Así, se podrían haber dado casos absurdos como que se aplicase una multa por un día de retraso y que con solo esta pena se alcanzase el límite.

Por su parte, es pertinente consignar que la legislación extranjera ha ido modificando sus códigos a efectos de permitir la reducción de la pena por razones de equidad[42]. En cuanto al Derecho español, cabe mencionar que el *Código* español no tiene un artículo que permita la moderación judicial de la pena en caso de un incumplimiento total. De hecho, la situación es similar a la chilena en cuanto –según ya mencionamos– contiene un artículo muy parecido al 1539 del *Código Civil* chileno que permite al juez la moderación de la pena en función de la equidad para los casos de incumplimiento parcial. Sin embargo, la doctrina española se encuentra divida al existir opiniones que apoyan la procedencia de la intervención del juez en caso de incumplimientos totales y aquellos que la rechazan bajo el argumento de la autonomía de la voluntad[43].

---

[42] Así, el *Código Civil* francés en su artículo 1152 establece: "Cuando el acuerdo disponga que aquél que falte a su cumplimiento pagará una cierta suma a título de indemnización por daños y perjuicios, no podrá ser autorizada a la otra parte una suma ni mayor, ni menor. No obstante, el juez podrá, incluso de oficio, moderar o aumentar la indemnización que hubiera sido convenida, si fuera manifiestamente excesiva o irrisoria. Toda estipulación en contrario se reputará como no escrita". En la misma línea, artículo 1384 de *Código Civil* Italiano y el artículo 343 del *Código Civil* alemán (*BGB*), "Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen".

Además, los Principios del Derecho Europeo de Contratos en su artículo 9:509 establece en su numeral segundo lo siguiente: "Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias"(Principios del Derecho Europeo de Contratos, versión original en inglés: "However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances").

[43] Marín García (2008), p. 9.

Por último, la importancia de que las multas administrativas sean consideradas cláusulas penales, la podemos encontrar en la sentencia[44] del Tribunal Constitucional que rechazó el requerimiento de inaplicabilidad de la disposición legal que permitía el cobro de una multa cuarenta veces la suma impagada por los usuarios de autopistas que circulaban sin TAG.

Sin perjuicio de la importancia de este fallo, es interesante criticar su determinación puesto que las conclusiones del mismo fueron que no procedía la inaplicabilidad del precepto legal al no existir problemas de proporcionalidad en la pena civil acordada contractualmente.

Lo cierto es que si dicho examen se hubiese realizado considerando las reglas de la cláusula penal, sin duda el Tribunal Constitucional debería haber concluido que existía una desproporción y, por tanto, una inaplicabilidad de la norma. Lo anterior, dado que la multa jamás podría ser el duplo de la cantidad que se debía pagar.

En suma, la legislación vigente chilena sobre la materia no concede mucha libertad al juez para realizar la moderación judicial de la pena. Sin embargo, existen posibilidades para que se practique alguna moderación a la pena en caso de que exista un incumplimiento parcial o que la obligación que se buscar garantizar sea indeterminada. Asimismo, las multas que se apliquen por retardo podrían ser revisadas sobre la base de que la obligación que garantizan es distinta a la principal y, por tanto, es indeterminada.

### *B. Posibles alternativas para la moderación judicial de la cláusula penal, fuera de aquellas establecidas de forma expresa en el* Código Civil

Después de haber revisado ciertos mecanismos legales que posibilitaban la revisión judicial de la cláusula penal, corresponde presentar otras razones que se podrían entregar para intentar reducir la aplicación de la multa.

En primer término, es posible invocar el artículo 1546[45] del *Código Civil* que trata la buena fe. Al respecto, se ha dicho que

> "considerado las múltiples funciones que la buena fe cumple y que el ordenamiento jurídico reconoce, es posible concluir que la misma se encuentra íntimamente asociada a una serie de valores que de una u otra forma establecen el estándar de principio, a saber: *honradez*, *corrección*, *rectitud*, *veracidad*, *confianza legítima*, *coherencia y racionalidad*"[46] (énfasis agregado).

[44] Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional Chile, rol N° 541-2006, de fecha 26 de diciembre de 2006.

[45] "*Los contratos deben ejecutarse de buena fe,* y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella" (énfasis agregado).

[46] Boetsch Gillet (2011), p. 51.

En específico, no se considera la buena fe como un estado simplemente psicológico, sino que se trataría de un estado ético, de modo que

> "el sujeto que opera en virtud de un error o de una situación de ignorancia *no es merecedor de la protección o de la exoneración de la sanción que se otorga al de buena fe, si su comportamiento no es valorado como el más adecuado conforme a la diligencia socialmente exigible.* Por eso deberá investigarse si el sujeto fue o no culpable de su error o de su ignorancia" (énfasis agregado)[47].

Visto lo anterior, podría manifestarse que la ley establece de manera expresa que los contratos deben ejecutarse de acuerdo con la buena fe, es decir, en conformidad a ciertos valores. De este modo, el perseguir una multa desproporcionada podría considerarse contrario a los valores propios de la buena fe. Obviamente, debiese acreditarse la desproporcionalidad de la multa y que el deudor también ha actuado conforme a este principio y de forma diligente.

Por el contrario, el acreedor podría sostener que no es contrario a la buena fe cobrar el total de la pena que fue acordada de modo voluntario entre las partes y que está en todo su derecho a exigir el cumplimiento del contrato.

En segundo lugar, un argumento que se encontraba presente en las solicitudes de los privados realizadas ante Contraloría era que una multa desproporcionaba significaría un enriquecimiento sin causa o injusto. Frente a este argumento, en el caso que se analizó Carabineros informó:

> "el cálculo y el cobro de las multas obedece a un proceso regulado claramente en el pliego de condiciones y en el convenio suscrito al efecto, por lo que en su actuación respetó los principios de estricta sujeción a las bases –consagrado en el artículo 10 de la ley N° 19.886– y de la ley del contrato o pacta sunt servanda –contenido en el artículo 1.545 del Código Civil–, razón por la cual concluye que no se ha vulnerado la legalidad que debe primar en todo proceso licitatorio"[48].

Por consiguiente, estimamos que Carabineros presenta dos argumentos centrales. El primero se refiere al respeto que merecerían los acuerdos entre las partes. Un segundo argumento tiene relación con que los órganos estatales deben cumplir su función y jamás podrían alterar o dejar de perseguir el cobro de una situación, puesto que de lo contrario incumplirían la función que la ley les entrega. De hecho, esta misma dificultad para negociar o ceder en ciertos puntos que pesa sobre el Estado, se lee del DFL N° 1 del

[47] *Ibid.*

[48] Dictamen de la Contraloría General de la República N°47.611, de 26 de julio de 2013.

28 de julio 1993 que regula el procedimiento que se debe seguir para transigir por parte del Consejo de Defensa del Estado.

Adicionalmente, estimamos que no se podría establecer que exista una ausencia de causa o que la misma sea ilícita puesto que el contrato y la cláusula penal tendrían una causa del todo legitima que radica en el acuerdo voluntario bilateral de las partes que prestaron su consentimiento y en la ley que regula la institución. Esta opinión es seguida por la jurisprudencia "En este caso, el texto legal expreso que ampara el acrecimiento patrimonial del perjudicado es causa del mismo y, por ende, descarta el injusto"[49].

Un tercer argumento para sostener una rebaja en la aplicación de la multa o cláusula penal podría ser la alegación de que las cláusulas son abusivas lo cual puede argüirse bajo la doctrina del abuso del derecho. Sobre esta materia escribe el profesor Enrique Barros:

> "la doctrina del abuso de derecho asume que el ejercicio de un derecho puede ser ilícito, aunque el titular actúe dentro de los límites externos que establece el respectivo ordenamiento normativo"[50].

Por su parte, la jurisprudencia[51] y la doctrina[52] ha concluido que es posible que exista un contrato que sea ley para las partes y que a la vez sea considerado abusivo si existe irracionalidad en el ejercicio de la cláusula o si su aplicación se escapa de su espíritu o finalidad.

Desde este prisma, resulta conveniente recordar que la cláusula penal puede tener tres funciones:

i) la avaluación anticipada de perjuicios;
ii) punitiva y
iii) de garantía.

---

[49] Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional Chile, rol N°541-2006, de fecha 26 de diciembre de 2006, considerando séptimo.

[50] Barros Bourie (2014), p. 621.

[51] La jurisprudencia también se ha pronunciado en torno al abuso del derecho señalando: "Que cualquiera que sea el ámbito de aplicación de la doctrina sobre el abuso del derecho, dolo, culpa o negligencia, irracionalidad en su ejercicio, falta de interés o necesidad legítimos, intención del agente en perjudicar, o con desvío de los fines de la institución o para los que fue concebida e incluso, aplicado a procedimientos judiciales". Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción. 22 de enero de 2008. Rol: 982-2007. Cita en línea: CL/JUR/7507/2008; 38227, Legalpublishing.

[52] Todo derecho tiene límites, como lo observa el jurista francés Louis Joserrand al señalar: "Los derechos, productos sociales, como el mismo derecho objetivo, derivan su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo; están hechos encima de ellos mismo; son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo al espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad con la víctima de esa desviación culpada". Joserrand en Barros (2014), p. 623.

Sobre estas funciones se ha referido la Excma. Corte Suprema al establecer:

> "Una estipulación como la que se comenta tiene el doble efecto de servir como una avaluación anticipada de los perjuicios –que el acreedor no tendrá necesidad de acreditar– y de una caución personal encaminada a persuadir al deudor en el cumplimiento de lo convenido"[53].

En cuanto a la función punitiva, esta se desprende del artículo 1542 del *Código Civil* que autoriza el cobro de la pena independiente de la existencia de perjuicios.

Ahora bien, teniendo presente la función o finalidad de la cláusula penal podría revisarse la procedencia de la aplicación de las multas administrativas a efectos de evaluar si pueden considerarse abusivas. Esto es importante, puesto que la finalidad de la cláusula fija el punto de vista desde el que debería evaluarse si la cláusula es abusiva.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha analizado la proporcionalidad de las multas en función de la finalidad que se perseguía con ellas. Una sentencia consideró:

> "El alto valor de la multa en relación a la magnitud del incumplimiento –sustento real de la crítica a la norma– no constituye el parámetro de proporcionalidad en el caso, por cuando, como se ha dicho, el mismo se determina con la adecuación del límite a la finalidad perseguida. La multa representa un elemento disuasivo de la generalización de conductas que pongan en riesgo el régimen de concesiones, afectando el interés colectivo que su eficaz desenvolvimiento procura"[54].

Un aspecto crucial es que no podría desconocerse que la aplicación de multas tiene como objetivo garantizar que el contrato se cumpla y, sobre lo anterior, puede ocurrir que la multa pueda ser considerada una avaluación anticipada de perjuicios o más bien punitiva.

Sobre el propósito de la Administración al contratar se ha escrito:

> "(...) lo esencial en el contrato administrativo no es castigar al contratante por sus faltas, sino asegurar la realización del servicio, de la obra, del suministro, o de la satisfacción de la necesidad pública (...). Es decir, la finalidad de las mismas no es el castigo sino, por el contrario, el aseguramiento de que el contratista efectúe las prestaciones a que se ha comprometido por el contrato"[55].

---

[53] Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 27 de mayo de 2015, rol N° 21.897-2014, considerando séptimo.

[54] Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional Chile, rol N°541-2006, de fecha 26 de diciembre de 2006, considerando décimo sexto.

[55] Farrando (2002), p. 570.

Entonces, podría sostenerse que la pena debiese ser tal que cumpliese el propósito de garantizar la ejecución de la obra y que la Administración no debiese tener un ánimo de castigo.

Acerca de la función punitiva, cabe señalar que existen discusiones en torno a ella en cuanto existen posiciones que indican que podría considerarse ilícita e inconstitucional. En particular

> "en el sistema italiano se ha sostenido que el contrato penal no podría ser punitivo porque de serlo vulneraría el principio de igualdad ante la ley, al dejar a una parte a merced del poder de la otra"[56].

Al respecto podría discutirse profundamente, pero es relevante tener presente que existen diferencias en torno a si se considera a la pena como una avaluación anticipada de los perjuicios o de carácter punitivo[57].

Siguiendo con el análisis del abuso del derecho, en materia de consumidor la nulidad por cláusulas abusivas es un asunto expresamente tratado por la legislación que regula la materia. El artículo 16 de la ley N° 19.496 establece ciertas causales por las que una cláusula podría considerarse abusiva y, por tanto, declararse nula. Por lo demás, los tribunales han declarado la nulidad de cláusulas penales en conformidad a la mentada ley. Así, la Corte de Apelaciones de Copiapó sentenció

> "Que en cuanto a las alegaciones del recurrente, cabe decir que efectivamente no se encuentran vedadas en la legislación las estipulaciones de obligaciones con cláusula penal; por el contrario, ellas se encuentran expresamente permitidas y reglamentadas en el Titulo XI del Libro IV del Código Civil; sin embargo, en los contratos de adhesión –cuyo es el caso de autos–, han de estar legitimadas por la equidad y de la manera que prescribe el articulo 16 letra g) de la ley Nº 19.496, legitimación que aquí está lejos de ser alcanzada"[58].

En esta línea, los contratos administrativos en análisis caen dentro de lo que es conocido como contratos de adhesión, dado que en la mayoría de los casos la redacción de todo el contrato y la documentación administrativa

[56] Corral Talciani (2012), p. 32.

[57] Sobre la discusión de la constitucionalidad de la pena civil punitiva, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es consistente en señalar que no existe prohibición alguna a efectos de acordar penas punitivas en asuntos civiles y precisa que la cláusula penal puede ser una de ellas, "Que, si bien el concepto de pena se asocia al delito criminal, también en materias civiles hay penas. Como esta M. lo estableció a propósito de la cuestión de inaplicabilidad del artículo 42 de la ley de Concesiones, sobre cobro de la tarifa TAG (requerimiento rol Nº 541-2006), nuestra legislación incorpora excepcionalmente las penas privadas, entre otros casos, en el pago de lo no debido, las indignidades para suceder, la cláusula penal y la lesión enorme."

[58] Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Copiado, rol N°13-2012, de fecha 4 de mayo de 2012, considerando sexto.

relativa a este corresponde a la Administración, sin que los privados puedan tener injerencia alguna en ella. Por tanto, es incuestionable que existe un contrato de adhesión cuando a los particulares no les cabe más opción que aceptar lisa y llanamente las cláusulas tipo impuestas por el Estado.

En consecuencia, nos encontramos frente a lo que la doctrina denomina *contratos de adhesión*[59], ante lo cual cabe preguntarnos lo siguiente: si es posible solicitar la nulidad o reducción de la cláusula penal en materia de consumidor, ¿por qué no podría aplicarse el mismo criterio en contratos administrativos si es que en ambas situaciones existe un desequilibrio entre las partes? Pues bien, a pesar de que no existiría ley expresa como sucede en materia de consumidor, esto debería ser posible en consideración que podrían existir los presupuestos fundamentales como lo son la existencia de un contrato de adhesión y de desequilibro entre las partes.

En suma, tal como lo concluye el profesor Corral Talciani,

> "La pena es reducible cuando es de tal magnitud que sobrepasa no solo el fin resarcitorio, sino también la finalidad garantizadora y la punitiva, transformándose en un instrumento de opresión o explotación del acreedor en contra del deudor, no justificada ya por el interés del cumplimiento"[60].

Una cuarta posibilidad para solicitar la moderación judicial es aquella que tiene relación con la teoría de la imprevisión, la que ha sido definida como

> "una causal de modificación y aún de extinción de las obligaciones que se produce cuando, pendiente la prestación, su valor es notablemente alterado por un hecho normalmente imprevisible al tiempo de contraerse"[61].

Se ha dicho que, si bien existe un vacío legal al respecto

> "corresponderá aplicar el artículo 24 del Código Civil, conforme al llamamiento que dicha norma hace al espíritu general de la legislación y a la equidad natural"[62].

---

[59] López Santa María (2010) p. 118. "El contrato de adhesión o por adhesión es aquél cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas. (...) Normalmente, la doctrina reconoce la existencia de un contrato de adhesión allí donde la oferta presenta los siguientes signos distintivos: 1. Generalidad. La oferta está destinada a toda una colectividad de contratantes eventuales. 2. Permanencia. La oferta permanece en vigor mientras no es modificada por su autor. 3 Minuciosidad. La oferta es detallada; todos los aspectos de la convención, aún lo más hipotéticos, son reglamentados por ella".

[60] Corral Talciani (2012), p. 288.

[61] Peñailillo Arévalo (2000), pp. 209-237.

[62] Alcalde Rodríguez (2007), p. 363.

Sin perjuicio de que la cuestión propuesta es una materia en la que no pretendemos extendernos, cabe consignar que es una teoría que podría ser aplicable a las multas impuestas por la Administración en atención a que la teoría dice directa relación con la equidad natural, principio que debiese operar frente a eventuales multas desproporcionadas. Sobre todo si, según se revisó previamente, muchas veces el propósito de la multa no se condice con su magnitud.

Asimismo, según lo ya expuesto, la equidad es un principio que se encuentra reconocido en las legislaciones extranjeras que regulan la materia, específicamente en los códigos civiles italiano, francés y alemán. A su vez, la misma sentencia que recién citábamos en relación con la nulidad de cláusulas penales a raíz de la ley de consumidor, se funda en la circunstancia de que "(...) los contratos de adhesión –cuyo es el caso de autos, han de estar legitimadas por la equidad (...)"[63]. Por tanto, es indudable que podrían existir razones de equidad para reducir las multas en atención a que el contrato no contemplaba ciertos acontecimientos o situaciones por ser imprevisibles.

En quinto lugar, cabe recordar que el artículo 79 ter del reglamento[64] de la ley N° 19.886 estableció en su inciso segundo lo siguiente:

> "Con todo, las medidas que se establezcan deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento. Si la medida a aplicar consistiere en el cobro de multas, las bases y el contrato deberán fijar un tope máximo para su aplicación".

Por consiguiente, esta norma, si bien no es de rango legal, podría entenderse que es parte del contrato, por aplicación del artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

Por último, después de ponderar los argumentos recién entregados con la normativa existente es preciso indicar que la regulación no entrega una libertad absoluta a las partes para definir multas excesivamente gravosas, sino que contempla, precisamente en el artículo 1544 del *Código Civil*, límites a la imposición de multas. Sin embargo, muchas veces los problemas no se dan en torno a los límites, sino en torno a cómo estos se alcanzan, según explicamos a modo de ejemplo a propósito de las multas por retardo, en que el límite se podría alcanzar en pocos días.

[63] Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Copiado, rol N°13-2012, de fecha 4 de mayo de 2012, considerando sexto.

[64] Decreto N° 250 del Ministerio de Hacienda de 24 de septiembre de 2004, que aprueba el Reglamento de la Ley Nº 19.886 Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

## VI. Problemas de la revisión judicial de la cláusula penal

Sin perjuicio de la justificación que pueda tener la moderación judicial de la pena, es relevante constatar que la revisión judicial podría tener implicancias que finalmente desvirtúen la finalidad misma de la institución.

Sin duda, la primera consecuencia tiene relación con la intangibilidad de los contratos

> "que se expresa en la idea de que los pactos son obligatorios y deben cumplirse sin admitir modificación unilateral o judicial de sus términos ('pacta sunt servanda')"[65].

Sin embargo, por las razones de equidad ya mencionadas podría sostenerse la posibilidad de una revisión judicial a fin de evitar injusticias.

Una segunda implicancia gira en torno a la avaluación del daño, en cuanto

> "nos parece que una posible moderación basada en el daño efectivamente sufrido desvirtúa la función de esta figura jurídica, ya que la posibilidad de moderar la pena solo tiene sentido cuando se trata de los que la Propuesta denomina indemnización convencional"[66].

En otras palabras, al moderar la pena inevitablemente se utilizará como argumento el perjuicio efectivamente sufrido con lo que se pierde uno de los principales propósitos de la institución.

En tercer lugar, cualquier moderación o rebaja de la pena significaría también la disminución de la función garantizadora que se pretendía evitar con la cláusula. Sin perjuicio de la validez del argumento, justamente lo que se pretende con la morigeración de la pena es evitar desproporciones en relación a la función coercitiva que ejerce la misma pena a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación.

Luego, un cuarto efecto consistiría en que, indudablemente, existirían mayores trabas para el cobro de la pena, en particular en lo que concierne a la facilidad e inmediatez con la que podría ser cobrada, afectando relevantemente la seguridad jurídica que ofrecía. Así, no obstante ser consciente de la procedencia de la pena, el deudor podría igualmente verse tentado a solicitarle al juez la moderación de la pena.

Por lo demás, una mayor revisión judicial derivaría en una regulación contractual más extensa en relación con la determinación de las penas, dejando menos espacio para la interpretación de los jueces. Sin embargo, también

[65] Alcalde Rodríguez (2007), p. 364.
[66] Feliu Rey (2014), pp. 208-209.

podría traer una mayor claridad y limitaciones en las multas que establece la Administración, en cuanto los tribunales podrían alinear ciertos criterios.

Por último, una mejor regulación entregaría mayor certeza jurídica a los privados que contratan con la Administración, debiendo considerarse además que el hecho de que exista una posibilidad clara de revisión judicial sin duda significa una motivación a contratar. De este modo, podría decirse que aumentaría la cantidad de privados dispuestos a contratar con el Estado y, por tanto, incentivaría una mayor competencia, con todo lo que ello implica.

## VII. Conclusiones

La Administración del Estado es un poderoso actor en sus relaciones con los particulares, no solo por el volumen de los contratos que mantiene sino también, por los grandes montos involucrados. En este contexto, a veces la regulación que rige estas relaciones resulta ser poco clara, generándose vacíos como la calificación jurídica de las multas que ejerce la Administración en función de incumplimientos o retardos de contratos administrativos regidos por la ley N° 19.886.

La Contraloría General de la República ha tomado una postura al establecer que dichas multas tendrían la naturaleza jurídica de cláusula penal y que les corresponde a los tribunales de justicia conocer las controversias que giren en torno a ellas.

En lo que se refiere al procedimiento, se presenta un problema en la situación de revisión de la aplicación de las multas, ya que en la mayoría de los casos es la Administración la que inicia un procedimiento administrativo, que debe ser revisado con posterioridad por un tribunal ordinario ante la demanda de los particulares que requieren de una revisión. Este escenario no es el ideal, ya que la existencia de múltiples procesos significa más bien una burocracia innecesaria que, finalmente, retrasa la decisión definitiva del asunto, generando incertidumbres en los particulares.

Por consiguiente, lo correcto sería que la Administración tuviese la libertad de aplicar las multas en caso de retardo o incumplimiento en conformidad al contrato y que existiese una posibilidad clara de que las multas sean revisadas en un proceso expedito por los Tribunales de Contratación Pública. En otras palabras, es clave que estos tribunales puedan conocer de controversias que se susciten con posterioridad a la adjudicación de los contratos en un proceso breve.

En cuanto a la moderación judicial de la pena, podemos concluir que si bien el citado artículo 79 ter del reglamento de la ley N° 19.886 intentó dar solución a este problema, forzando la proporcionalidad y límites de las multas, las normas civiles seguirían siendo aplicables.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario que la Administración establezca multas realistas y proporcionales, sin el ánimo de castigar sino solo de garantizar la correcta ejecución de la obligación principal. La vía idónea para lograr este objetivo es que existan posibilidades claras de revisión judicial que sirvan de límite para que la Administración no abuse del desequilibrio existente entre las partes.

En esta discusión de proporcionalidad, quizá la multa que más dificultades genera es la pena por retraso, dado que es la que se aplica habitualmente, pero no siempre de manera proporcional. Sin embargo, se ha explicado que el Tribunal debiese examinar la enormidad o proporcionalidad de la multa prudencialmente, pues no existe un valor determinado para realizar la comparación, de modo que no debiera restringir su análisis al solo cumplimiento de los límites, sino extenderlo especialmente a la forma y tiempos en que se cumpliría con dichos límites.

En suma, este es un tema de especial relevancia por la incidencia que tienen en quienes contratan con el Estado, al verse muchas veces desprotegidos frente a procedimientos administrativos que se resuelven sobre la base de normas poco claras que no entregan seguridad.

## Bibliografía

Alcalde Rodríguez, Enrique (2007): "Corte de Apelaciones de Santiago y Teoría de la Imprevisión. Un Hito Fundamental en la Evolución de Nuestra Justicia Ordinaria", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34 N°: pp. 361-372.

Barros B., Enrique (2014): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Bermúdez Soto, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General* (2ª ed., Santiago, Editorial Abeledo Perrot).

Boetsch, Gillet, Cristián (2011): *La Buena Fe Contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Carmona Fistonic, Jorge (2009): "La Cláusula Penal, reducción de la misma en el cumplimiento parcial de la obligación principal. La Cláusula Penal Enorme. Interpretación Doctrinaria y Jurisprudencial del Artículo 1544 del Código Civil Chileno", en *Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, Vol. 9: pp. 161-171.

Cea Egaña, José Luis (2012): *Derecho Constitucional Chileno* (2ª ed., Santiago, Ediciones UC) Tomo ii.

Corral Talciani, Hernán, (2008*): Posibilidad de cobrar la cláusula penal en un procedimiento ejecutivo*, en Pizarro Wilson, Carlos (coord.): *Estudios de Derecho Civil IV*. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, Santiago, Editorial Legal Publishing, pp. 451-470.

Corral Talciani, Hernán, (2012): *La "cláusula penal", función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Farrando, Ismael (2002): "Contratos Administrativo (Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot), en José Luis Lara Arroyo y Luis Eugenio García-Huidobro (2014): "Naturaleza Jurídica y Proporcionalidad de las Multas en la Contratación Administrativa bajo la ley N°19.886", en Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jara (coord.): *Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo* (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).

Feliu Rey, Jorge (2014): "Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo lxviii Facsímil i.

Lara Arroyo, José Luis y Luis Eugenio García-Huidobro (2014): "Naturaleza Jurídica y Proporcionalidad de las Multas en la Contratación Administrativa bajo la ley N°19.886", en Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jara (coord.): *Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo* (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).

Lledó Veloso, Camilo y José Pardo Donoso (2015): "Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública", en *Revista de Derecho Público*, N° 82, 1°semestre.

López Santa María, Jorge (2010): *Los Contratos, parte general* (5ª ed., Santiago, Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing).

Marín García, Ignacio (2008): "Cláusula penal: la facultad moderadora del juez", en *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona.

Moraga Klenner, Claudio (2010): *Tratado de Derecho Administrativo, La Actividad Formal de la Administración del Estado* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot) Tomo vii.

Peñailillo Arévalo, Daniel (2000*):* "La Revisión Judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil", en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, año lxviii N° 208.

Soto Kloss, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile) Tomo i

## *Jurisprudencia*

Dictamen de Contraloría General de la República N° 47.611 de fecha 26 de julio de 2013.

Dictamen De Contraloría General de la República N° 57.579, de fecha 4 de septiembre de 2016.

Dictamen De Contraloría General de la República N° 34.523, de fecha 4 de junio de 2013.

Dictamen de la Contraloría General de la República N° 47.611 de fecha 26 de julio de 2013.

Dictamen de Contraloría General de la República N° 30.003 de fecha 29 abril de 2014.

Dictamen de Contraloría General de la República N° 47.611 de fecha 26 de julio de 2013.

Dictamen de Contraloría General de la República N° 65.791 de fecha 27 de agosto de 2014.

Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 982-2007, de fecha 22 de enero de 2008.

Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Copiado, rol N° 13-2012, de fecha 4 de mayo de 2012.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 21.897-2014, de fecha 27 de mayo de 2015.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 9841-2011, de fecha 29 de abril de 2013.

Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 541-2006, de fecha 26 de diciembre de 2006.

Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 481-2006, de fecha 4 de julio de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo Español, rol N° 9-2-1998, de fecha 30 de octubre de 1995.

*Normas*

Constitución Política de la República de Chile.

*Código Civil* chileno.

*Código Orgánico de Tribunales* chileno.

*Código Civil* español.

*Código Civil* italiano.

*Código Civil* alemán (*BGB*).

*Código Civil* francés.

Principios del Derecho Europeo de Contratos.

Decreto N° 250 del Ministerio de Hacienda de 24 de septiembre de 2004, que aprueba el Reglamento de la Ley Nº 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Ley Nº 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, julio 2003.

Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, mayo de 2003.

Ley N° 19.496 que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, marzo de 1997.

Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, octubre de 1861.

# CONCEPTO Y NORMATIVA APLICABLE A LOS SERVICIOS DE TRABAJOS AÉREOS EN CHILE. ANÁLISIS A PARTIR DEL CONCEPTO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASAJEROS

# CONCEPT AND APPLICABLE REGULATIONS TOWARDS AIR JOBS IN CHILE. ANALISIS BASED ON THE CONCEPT OF AIR TRANSPORT OF PASSENGERS

*Macarena Díaz de Valdés Haase*[*]

Resumen: El trabajo analiza el concepto, naturaleza y normativa aplicable a los trabajos aéreos remunerados, servicios aéreos especializados distintos al transporte. Los servicios de trabajos aéreos remunerados, a diferencia del transporte aéreo, tienen una regulación precaria, lo que hace difícil determinar las normas y el régimen de responsabilidad que les resulta aplicable, cuestión que adquiere relevancia en aquellos casos en los que una persona que no tiene vínculo de subordinación y dependencia con el explotador sufre lesiones o muerte a bordo de la aeronave durante la realización de alguno de estos trabajos.

Palabras claves: Servicios de trabajos aéreos - Naturaleza jurídica - Responsabilidad civil por lesiones - Muerte a bordo de la aeronave.

Abstract: This work analyzes the concept, nature and applicable regulations towards remunerated air jobs, specialized air services different than transport. Remunerated air jobs services, unlike air transport, have a precarious ordinance, which makes it difficult to determine the regulations and liability rules applicable to these, something that acquires relevance in the cases in which a person who doesn't have a link of subordination and dependence

[*] Abogada. Egresada de la Universidad de los Andes. Becaria CONICYT en el programa de Doctorado de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: m.diazdevaldes@miuandes.cl

with the operator gets hurt o dies onboard the aircraft while performing any of these jobs.

Keywords: Air job services - Legal status - Civil liability for injuries - Death on board the aircraft.

* * *

## 1. Introducción

Los servicios de trabajos aéreos han adquirido gran importancia en el tráfico jurídico. No obstante lo anterior, estos no han sido estudiados mayormente por la doctrina. El régimen de responsabilidad especial consagrado en el *Código Aeronáutico* para determinados supuestos relativos al transporte aéreo tiene carácter excepcional, por lo que no puede aplicarse por analogía o interpretación judicial a otros servicios realizados en aeronaves como son los trabajos aéreos. En consecuencia, deberá recurrirse al régimen común de responsabilidad civil de imputación subjetiva.

En esta línea, se afirmará que no se cuenta con una adecuada regulación de los trabajos aéreos, por lo menos en lo que tiene relación con sus efectos y con el régimen de responsabilidad aplicable, lo que cobra importancia en aquellos casos de lesiones o muerte de una persona a bordo de una aeronave, distinta a la tripulación de vuelo durante la realización de un trabajo aéreo. Para esto el presente trabajo abordará diversas cuestiones.

Primero, y con el objetivo de definir el concepto de servicio de trabajo aéreo, se delimitará previamente el concepto de servicio de transporte aéreo. Esto toda vez que el artículo 95 del *Código Aeronáutico* (en adelante también *CA*) define los servicios de trabajos aéreos por exclusión. En consecuencia, no es posible determinar lo que debe entenderse por servicios de trabajos aéreos sin antes precisar el concepto de servicio de transporte aéreo. El estudio se enfocará en esta parte, específicamente, al transporte aéreo de pasajeros. A continuación, se estudiará el régimen de responsabilidad especial establecido por el *Código Aeronáutico* para el caso de lesiones o muerte sufridas por el pasajero a bordo de la aeronave. Posteriormente, se determinará la normativa aplicable a los servicios de trabajo aéreo. Para esto será necesario precisar la naturaleza jurídica de estos contratos, que ha intentado explicarse por autores como Videla Escalada como un tipo de locación de obra.

## 2. Delimitación del concepto de transporte aéreo de pasajeros

El contrato de transporte aéreo es definido en el artículo 126 del *CA* como aquel en virtud del cual una persona, denominada transportador, se obliga, por cierto precio, a conducir de un lugar a otro, por vía aérea, pasajeros o cosas ajenas y entregar estas a quienes vayan consignadas. Asimismo, la doctrina ha entregado diversas definiciones de este contrato. Así, Videla Escalada lo describe como aquel en que una parte se obliga a trasladar, en aeronave y por vía aérea, de un lugar a otro o a otros, a personas o cosas, y, en este último caso, a entregarlas al destinatario, y la otra parte se obliga a pagar un precio por este traslado[1]. Por su parte, Folchi, señala que el contrato de transporte aéreo es aquel por el cual un transportista se obliga a trasladar en una aeronave y por vía aérea, de un aeródromo a otro, en un cierto tiempo y en condiciones de seguridad, a personas, equipajes o mercancías, a cambio de un precio cierto en dinero[2]. En cuanto al objeto del transporte aéreo es posible distinguir el traslado por vía aérea de personas o de cosas (equipaje o carga)[3] .

En relación con el ámbito en el que se desarrolla el transporte aéreo, se puede distinguir el servicio de transporte aéreo nacional o cabotaje y el servicio de transporte aéreo internacional. El primero es el que se presta entre dos puntos del territorio de la república, aunque se vuele sobre territorio extranjero. El segundo, en cambio, es el que se presta entre dos o más puntos ubicados en el territorio de Estados diferentes, aunque se realicen escalas dentro de un mismo Estado. También se considera como servicio de transporte aéreo internacional el que se efectúa entre dos puntos del territorio nacional, cuando se haya previsto una escala intermedia en el territorio de otro Estado (artículo 97 del *CA*). En este mismo sentido el capítulo I del Convenio de Montreal de 1999[4], que entró en vigencia en nuestro país el 19 de mayo de 2009, dispone que para fines del convenio, se entiende por transporte aéreo internacional, en primer lugar, todo transporte en que, de acuerdo con lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados en el territorio de dos Estados partes; y, en segundo lugar, todo transporte

[1] Videla (1973), p. 339.

[2] Folchi (2015), p. 457.

[3] En cuanto al traslado de equipaje, se discute en doctrina si es un contrato independiente o es un contrato accesorio al de transporte de pasajeros. Esta discusión, de acuerdo con Mayorga, atiende principalmente al momento e independencia de la prestación del consentimiento, avalado por el aspecto del precio de estos servicios, a lo que las propias normas parecen interpretar, a los diferentes parámetros y criterios que se utilizan para delimitar y determinar la responsabilidad contractual del transportista, etcétera. Véase Mayorga (2015), p. 169.

[4] D.S. [Relaciones exteriores] N° 56, de 2009.

cuyo punto de partida y de destino están ubicados en el territorio del mismo Estado parte siempre que exista una escala prevista en el territorio de otro Estado, aunque no sea parte del Convenio. De esta forma, siguiendo a Folchi, el carácter internacional del contrato de transporte aéreo dependerá de tres aspectos:

1) de la voluntad de las partes;
2) de la ubicación geográfica de los puntos de partida y de destino y
3) de que exista una escala prevista entre los puntos de partida y de destino si es que estos se encuentran en el mismo país[5].

En cuanto a la normativa aplicable al transporte aéreo, el servicio de cabotaje o transporte aéreo nacional se rige por las normas internas. Esto es, el *Código Aeronáutico* y, supletoriamente, por las normas del *Código de Comercio* y del *Código Civil* (en adelante también CC). En cambio, el transporte aéreo internacional puede regirse, según el caso, por diversas normas:

1) Convenio de Varsovia de 1929 en su versión original.
2) Convenio de Varsovia de 1929 modificado por el Protocolo de La Haya de 1955[6].
3) Convenio de Varsovia de 1929, modificados por los protocolos Nº 1, 2, 3 o 4 de Montreal de 1975;
4) Convenio de Varsovia de 1929, modificados por el Protocolo de La Haya y los protocolos Nº 1, 2, 3 o 4 de Montreal de 1975[7]; y el Convenio complementario de Guadalajara de 1961, Protocolo de Guatemala de 1971 o ambos.
5) Convenio de Montreal de 1999. Actualmente, en virtud del gran número de Estados que han ratificado el Convenio de Montreal de 1999, la determinación de la normativa aplicable a un determinado contrato de transporte aéreo internacional no es un problema complejo. En este sentido, siguiendo a Lecaros, el mencionado convenio tuvo la virtud de uniformar el sistema[8].

En atención a que los trabajos aéreos, como se verá más adelante, tienen un carácter eminentemente local o nacional, nos enfocaremos en el transporte aéreo de pasajeros desarrollado en el ámbito nacional y regulado en el *Código Aeronáutico*.

---

[5] Folchi (2015), p. 466.

[6] Cabe señalar que Chile recién el 2 de marzo de 1979 depositó el respectivo instrumento de adhesión, tanto al Convenio de Varsovia de 1929 como al Protocolo de La Haya de 1955. El decreto promulgatorio relativo a ambos tratados fue publicado en el *Diario Oficial* el 13 de agosto de 1979, comenzando a regir desde la fecha de su publicación.

[7] El instrumento que ratifica los protocolos 1 y 2 de Montreal fue depositado el 19 de mayo de 1987. El decreto promulgatorio de ambos protocolos modificatorios fue publicado en el *Diario Oficial* el 9 de diciembre de 1997, comenzando a regir desde la fecha de su publicación.

[8] Lecaros (2012), p. 54.

### *2.1. Transporte aéreo de pasajeros*

Tapia Salinas define el contrato de transporte aéreo de pasajeros como aquel en el que una empresa de transporte aéreo o un simple transportista en determinadas condiciones se obliga a trasladar de un lugar a otro o al mismo, con escalas intermedias, por vía aérea y en una aeronave especialmente equipada para este efecto, a una persona y a su equipaje, generalmente a cambio de una remuneración determinada[9]. Por su parte, Ferrer lo describe como el acuerdo de voluntades celebrado entre un transportista y un pasajero en virtud del cual el transportista asume como obligación principal la de trasladar al pasajero y a su equipaje en las condiciones pactadas por vía aérea y en una aeronave; y el pasajero, la de pagar el precio del traslado[10]. Es necesario agregar a la definición que el traslado debe hacerse en condiciones seguras, toda vez que, tal como señala Folchi al referirse al transporte aéreo[11], existe una obligación de seguridad o cuidado que es inherente al contrato. En efecto, el artículo 4 letra c) del Reglamento de Transporte Aéreo de Pasajeros[12], en adelante también D.S. Nº 307, dispone que los empresarios públicos de transporte aéreo están obligados a transportar al pasajero y su equipaje con la diligencia debida entre los puntos convenidos.

Se trata de un contrato nominado o típico, bilateral, oneroso y consensual. Es un contrato típico toda vez que ha sido reglamentado expresamente por el legislador[13]. Es bilateral, ya que se celebra entre el transportador y el pasajero. Es oneroso porque el traslado se realiza a cambio de un precio o pasaje, sin embargo, se discute respecto de si la remuneración es o no un elemento esencial del contrato[14]. Es consensual, ya que no se requiere de formalidad alguna para su perfeccionamiento. Su existencia puede probarse por cualquier medio. No obstante, generalmente se documenta mediante la expedición de un billete de pasaje[15]. En este sentido, el artículo 131 del *Código Aeronáutico* dispone que la falta, irregularidades o pérdida del billete no afectarán a la existencia ni a la validez del contrato. Por último, las obligaciones principales que emanan del contrato son obligaciones de resultado: el pasajero asume la obligación de pagar un precio determinado a cambio del traslado y el transportador asume la obligación de trasladar al pasajero a bordo de una aeronave en condiciones seguras[16].

---

[9] Tapia (1993), p. 435.

[10] Ferrer (2013), p. 27.

[11] Supra, pp. 2-3.

[12] D.S. [Obras Públicas y Transporte] N° 307, de 1972.

[13] López (2010), p. 105.

[14] La discusión se presenta, ya que es posible que el pasajero pese a encontrarse vinculado contractualmente con el transportista viaje sin realizar un pago a cambio del pasaje Es lo que ocurre, por ejemplo, en los casos de transporte aéreo por canje de puntos, kilómetros o millas. Véase Morillas, Petit y Guerrero (2014), p. 587.

[15] *Op. cit.*, p. 588.

[16] Barrolilhet y Díaz (2002), p. 441.

### 2.1.1. Partes del contrato de transporte aéreo de pasajeros

Las partes del contrato de transporte de pasajeros son, por un lado, el transportador y, por otro, el pasajero.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 126 del *CA*, el transportador es aquel que se obliga a conducir al pasajero desde un lugar a otro a cambio de un precio determinado. El punto 3.4.1.1 del Reglamento DAR-06 dispone que toda empresa aérea que desee efectuar operaciones de servicio de transporte aéreo o cualquier servicio de aeronavegación comercial debe ser titular de una Autorización Técnica Operativa (ATO), que consiste en el permiso que otorga la DGAC a aquellas empresas aéreas que cumplen con los requisitos operativos, técnicos y administrativos para desarrollar servicios de transporte aéreo y toda otra clase de servicios de aeronavegación comercial. Ahora bien, no se debe confundir a la persona del explotador de la aeronave con el transportador de la misma, ya que, según lo dispuesto en el artículo 99 del *CA*, el explotador es la persona que utiliza la aeronave por cuenta propia, con o sin fines de lucro, conservando su dirección técnica. Por lo tanto, el explotador de la aeronave puede o no ser a su vez transportador, lo que dependerá de la finalidad para la que aquella se utiliza.

El pasajero, por su parte, como se desprende del ya mencionado artículo 126 del *CA*, es la persona natural que, a cambio de un precio determinado, pretende trasladarse desde un lugar a otro a bordo de una aeronave. La doctrina distingue los conceptos de 'pasajero' y de 'viajero', toda vez que, como señala Ferrer, no todas las personas que se encuentran viajando a bordo de una aeronave lo hacen en calidad de pasajero, es decir, como titular de un contrato de pasaje. Sin embargo, lo normal es que estas dos figuras se identifiquen. Así, por ejemplo, son viajeros y no pasajeros quienes conforman la tripulación de vuelo[17] o quien se encuentra a bordo de la aeronave de manera clandestina y, por el contrario, puede ocurrir que el pasajero no llegue a detentar la calidad de viajero, por ejemplo, porque se quedó en tierra debido a un problema de *overbooking*. Caso en el que podrá, en virtud de su calidad de pasajero, exigir la correspondiente responsabilidad al transportador[18].

[17] De acuerdo con Yolanda Bustos, la tripulación de vuelo es el conjunto de personas que sobre la base de una formación técnica y de otros títulos o licencias especialmente otorgados, tienen a su cargo la conducción de la aeronave y la realización de la navegación y circulación aérea, pues, en torno a estos sujetos girará la determinación del causante directo de un accidente aéreo. Véase Bustos (2003), p. 129. En este sentido, el artículo 58 del *Código Aeronáutico* dispone que el personal de vuelo se divide en tripulación de vuelo, que es la encargada de la operación, mando y funcionamiento de la aeronave o sus partes; y tripulación auxiliar, que es la encargada del cuidado y seguridad de las personas o cosas que se transportan en ella.

[18] Ferrer (2013), pp. 78-79.

### 2.1.2. Régimen de responsabilidad aplicable al transporte aéreo en caso de lesiones o muerte del pasajero a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque

El artículo 143 inciso primero del *CA* dispone que el transportador estará obligado a indemnizar la muerte o lesiones causadas a los pasajeros durante su permanencia a bordo de la aeronave o durante la operación de embarque o desembarque. Esta es una de las hipótesis a las que el *Código Aeronáutico* les hace aplicable un régimen especial de responsabilidad, que, en ocasiones, se ha catalogado como de responsabilidad objetiva, sujeto a ciertos límites en cuanto al monto de la indemnización[19]. Sin embargo, se trata más bien de un régimen especial o mixto de responsabilidad compuesto por dos estratos o niveles[20]: en el primero de ellos rige un régimen de imputación de responsabilidad objetiva hasta el tope indemnizatorio señalado por el legislador. Así, en relación con la muerte o lesión de un pasajero a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque, el artículo 144 inciso primero del *CA* establece que la indemnización estará limitada a una suma que no excederá de 4.000 UF por muerte o lesión de cada pasajero.

Al igual que en otros sectores en los que la ley consagra este tipo de responsabilidad, este sistema surge, entre otras razones, por la necesidad de facilitar a la víctima la obtención de una indemnización debido a la dificultad de probar la culpa del agente[21]. Por lo tanto, en este primer nivel se prescinde de la culpa o el dolo como factor de imputación de la responsabilidad y se atiende, en cambio, al riesgo que genera la realización de esa actividad. De acuerdo con Díez-Picazo, el riesgo debe ser especial, es decir, debe ir más allá del riesgo general de la vida, el riesgo normal o socialmente aceptado[22]. Así, en la práctica, la víctima solo deberá probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho dañoso y los perjuicios.

Por su parte, el demandado tendrá la carga de probar que concurre alguna circunstancia eximente de responsabilidad, que, en ningún caso, podrá consistir en haber actuado con la diligencia debida. Si no concurre eximente alguna de responsabilidad, la víctima tendrá la seguridad de que obtendrá una determinada indemnización por el daño sufrido. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado:

> "Que la indemnización consagrada en el artículo 144 del Código Aeronáutico, es una garantía contractual que la ley impone al transportista

[19] Riesco (1999), p. 940.

[20] Ferrer describe el régimen de responsabilidad establecido en el Convenio de Montreal como un régimen compuesto por dos tramos de responsabilidad. Véase Ferrer (2013), p. 179 y ss. Capaldo, por su parte, lo describe como un régimen de responsabilidad en dos capas (*two tiers*). Véase Capaldo (2012).

[21] Aedo (2006), pp. 80-81.

[22] Díez-Picazo (2000), pp. 153-166.

> en caso de daño o muerte del pasajero, ocurrida con motivo u ocasión del cumplimiento de un contrato de transporte, y a ella tiene derecho el pasajero mismo, o bien sus herederos, en caso de que este último haya fallecido. El carácter de garantía deriva de su carácter objetivo, respecto de su monto máximo, es decir hay derecho a ella, sin necesidad de que el actuar del transportista haya sido culposo o doloso"[23].

En el segundo nivel o estrato, en cambio, rige un régimen de imputación de responsabilidad subjetiva sin inversión de la carga de la prueba y sin límite alguno de indemnización más allá del tope establecido por el legislador. En este sentido, el artículo 172 inciso primero del *CA* establece que el afectado por el daño podrá demandar una indemnización superior a los límites señalados en el *Código*, si probare dolo o culpa del transportador, del explotador o de sus dependientes, durante el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, en este segundo nivel se atiende al comportamiento del agente. En efecto, el actuar negligente o doloso del transportador trae como consecuencia la pérdida del beneficio del límite indemnizatorio, cuestión que deberá ser probada por el pasajero, toda vez que en el segundo estrato de este régimen de responsabilidad, pese a tratarse de una responsabilidad de carácter contractual, la culpa no se presume. Cabe señalar que el Convenio de Montreal en este punto se diferencia de nuestro *Código Aeronáutico*, ya que en el segundo nivel del régimen especial de responsabilidad establecido en aquel, se mantiene la presunción de culpa del transportista que había sido consagrada en el Convenio de Varsovia de 1929[24].

La culpa se aprecia en abstracto. Esto significa que la conducta del agente se compara con la conducta de un hombre prudente colocado en su misma situación[25], tomando en consideración todas las circunstancias externas que lo rodean. Es decir, que la conducta se contrasta con la que habría tenido un hombre prudente de la misma profesión u oficio, puesto en el mismo tiempo y lugar, pero sin atender a aquellas circunstancias de carácter interno[26], es decir, a aspectos personales como, por ejemplo, su estado anímico. Sin embargo, tal como sostiene Corral, esta apreciación debe ser relativizada con el objetivo de colocar al agente en conformidad con el nivel de especialización que tienen las actividades riesgosas en las sociedades modernas[27].

[23] "Fernández Carmona Bernardo con Inv. Aéreas Patagonia Ltda.", Corte Suprema, 23 de marzo de 2015 (considerando cuarto).

[24] Capaldo (2012).

[25] Alessandri (1943), pp. 173-174. En este mismo sentido, Rodríguez (2012), p. 145.

[26] Aedo (2014), p. 710.

[27] Corral (2013), p. 208.

### *2.2. Requisitos para atribuir responsabilidad al transportador*

El artículo 143 inciso primero del *CA* establece los requisitos que deben concurrir para efectos de imputar responsabilidad al transportador. En primer lugar, debe haberse producido la muerte o lesión del pasajero. En segundo lugar, la muerte o lesión debe haber sido consecuencia de un accidente aéreo. Por último, el accidente debe haber ocurrido a bordo de la aeronave o en el transcurso de las operaciones de embarque o desembarque. A continuación se hará una breve mención de cada uno de ellos[28].

#### 2.2.1. Muerte o lesión del pasajero

El daño producido debe consistir en la muerte o lesión del pasajero. En cuanto a la muerte, ni el *Código Aeronáutico* ni las convenciones internacionales señalan el momento en que esta debe producirse para poder atribuir responsabilidad al transportador. En esta línea, de todas las posibles hipótesis la que ocasiona mayores problemas respecto a su indemnizabilidad es la que ocurre con posterioridad del accidente[29], sobre todo por la dificultad que existe, en este caso, de probar el vínculo causal. En cuanto a la lesión del pasajero, cabe mencionar que, a diferencia de nuestro *Código Aeronáutico*, el artículo 17 Nº 1 del Convenio de Montreal habla de *lesión corporal*, por lo que, en el ámbito internacional se ha discutido si este concepto incluye o no los daños de carácter mental o psiquiátrico[30]. Nuestro *Código Aeronáutico* en cambio, habla simplemente de *lesión*, por lo que se entiende que todo daño, incluso aquel de carácter psicológico o mental, debe ser indemnizado si este se ha producido como consecuencia de un accidente a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque.

#### 2.2.2. El accidente aéreo

A diferencia del artículo 17 Nº 1 del Convenio de Montreal, aplicable al transporte aéreo internacional[31], el artículo 142 del *CA* no menciona el concepto 'accidente', por lo que podría llegar a pensarse que en el ámbito nacional este elemento no es requisito necesario para atribuir responsabilidad

[28] Un detallado análisis de estos tres requisitos hacen María Fernanda Garcés Ramírez e Ingrid Vistoso Monreal, en relación con el transporte aéreo internacional. Véase Garcés y Vistoso (2007).

[29] Barrolilhet y Díaz (2002), p. 441.

[30] Lecaros (2012), p. 113 y ss.

[31] El artículo 17 Nº 1 del Convenio de Montreal establece: "El transportista es responsable del daño causado en caso de muerte o de lesión corporal de un pasajero por la sola razón de que el accidente que causó la muerte o lesión se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque"

al transportador. Así, por ejemplo, Lecaros señala que el hecho que provoca el daño en el transporte internacional debe ser un accidente, limitado por el lugar (a bordo de la aeronave) o las circunstancias (operaciones de embarque o desembarque); y que, en cambio, en el transporte nacional, debido a que no se especifica, el daño puede consistir en cualquier hecho sobreviniente limitado solo por el lugar o por las circunstancias mencionadas[32]. No estamos de acuerdo con esta opinión, ya que una mirada armónica de nuestra normativa y de las convenciones internacionales nos lleva a concluir que el accidente en el ámbito nacional sí constituye un requisito esencial para atribuir responsabilidad al transportador. Afirmamos lo anterior porque, por una parte, uno de los objetivos del Derecho Aeronáutico es propender a la uniformidad. En esta línea, nuestra ley interna tiene como principal fuente positiva la de naturaleza internacional. Por lo tanto, lo lógico es que las hipótesis y las respectivas soluciones que contemple nuestro C*ódigo Aeronáutico* sean equivalentes a las ofrecidas por la normativa internacional[33]. Y, por otra parte, por una razón de texto, ya que nuestro C*ódigo Aeronáutico*, en su artículo 145, dispone que se presumirá pasajero a toda persona que "al momento del accidente" se encontrare a bordo de la aeronave. En consecuencia, es posible concluir que, pese a no ser nombrado en el artículo 142 del C*A*, en Chile el accidente es requisito esencial para imputar responsabilidad al transportador aéreo. Asimismo, consideramos que este concepto otorga certeza jurídica a los intervinientes en la actividad aeronáutica, toda vez que evita que el explotador se vea obligado a indemnizar cualquier daño producido al interior de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque.

Ni el C*ódigo Aeronáutico* ni las convenciones internacionales señalan lo que debe entenderse por *accidente aéreo*, ya que si bien el Reglamento de Investigación de Accidentes de Aviación[34], en adelante también Reglamento DAR-13, entrega una definición del mismo[35], esta corresponde a un concep-

[32] Lecaros (2012), p. 114.

[33] Morales y Cea (2014), p. 44.

[34] D.S. [Ministerio de Defensa] Nº 216, de 2004.

[35] El Reglamento DAR-13 define accidente como "todo suceso relacionado con la utilización de una aeronave que ocurre dentro del período comprendido entre el momento en que una persona entra a bordo de la aeronave con intención de realizar un vuelo y el momento en que todas las personas han efectuado la operación de desembarque, durante el cual:

a) Cualquier persona sufre lesiones mortales o graves a consecuencia de: hallarse dentro de la aeronave, por contacto directo con cualquier parte de la aeronave, incluso las partes que se hayan desprendido de ella o por exposición directa al chorro de un reactor o al torbellino de la hélice.

b) La aeronave sufre daños que: afecten su resistencia estructural, su performance o sus características de vuelo; y que normalmente exijan una reparación importante o el recambio del componente afectado.

c) La aeronave desaparece. Para los efectos de este Reglamento una aeronave se considera desaparecida cuando se da por terminada la búsqueda oficial y no se han localizado los restos".

to técnico de accidente que fue elaborado con el objetivo de reglamentar la investigación de las causas de un accidente en el que intervino una aeronave. Sin embargo, los daños que puede sufrir un pasajero no siempre coinciden con fallas en la aeronave o con la destrucción de la misma o de alguna de sus partes. En consecuencia, para determinar la responsabilidad del transportista no es necesario que la muerte o la lesión del pasajero se hayan producido a causa de una catástrofe aérea o de daños en la aeronave propiamente tal[36].

Toda vez que no se cuenta con una definición de *accidente aéreo* en este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han sido las encargadas de dar contenido a este concepto. Así, en el ámbito internacional, hay autores que han optado por una interpretación amplia y otros por una más restringida. Para aquellos autores que prefieren una interpretación amplia de *accidente aéreo*, este concepto tiene relación con cualquier suceso que causa la muerte, herida u otra lesión corporal de uno o más pasajeros, y que se produce a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque y desembarque. En cambio, para aquellos que optaron por una interpretación restringida, el *accidente aéreo* consiste en todo evento súbito e independiente de la voluntad del transportista, que se encuentra directamente relacionado con el transporte aéreo y del cual se derivan daños para los pasajeros[37].

Cabe destacar que, en general, se ha estimado que los casos de trombosis venosa profunda (TVP), mejor conocida como *síndrome de clase turista o económica* no constituyen accidente aéreo, ya que se ha dicho que, en estos casos, es el propio organismo del pasajero el que, debido a circunstancias endógenas, sufre complicaciones durante el viaje en el que no ocurren eventos anormales o inesperados[38]. La TPV tiene relación con

> "las complicaciones vasculares que se relacionan con la inmovilización obligada a la que se ve sometido el pasajero de una aeronave, que durante largos períodos de tiempo compromete el retorno venoso de los miembros inferiores, principalmente cuando éstos se mantienen de forma prolongada sujetos a una restricción en su movilidad, y cuyo factor determinante está en el reducido espacio físico que generalmente permite el diseño de los asientos de las aeronaves en la denominada clase económica o turista"[39].

En este sentido, de acuerdo con el artículo 146 del C*A*, para que el pasajero o sus herederos puedan ser indemnizados, la muerte o lesión no debe tener como origen el estado de salud del pasajero. El mismo artículo

[36] Zunino (1979), p 151.

[37] Barrolilhet y Díaz (2002), p. 439. Esta misma explicación es entregada por Ferrer (2013), p. 165 y ss.

[38] Luongo (2015), pp. 78-79.

[39] Ríos, Villegas, Azofra y Callol (2002), p. 590.

establece que la muerte o lesión tampoco debe ser imputable a la culpa o estado de la víctima, o ser consecuencia de un delito del que no sea autor un tripulante o dependiente del transportador o explotador de la aeronave.

#### 2.2.3. A bordo de la aeronave, o durante el embarque o desembarque

Por último, se requiere que el accidente tenga lugar a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque, mismo criterio que el entregado por el artículo 17 del Convenio de Montreal. Por lo tanto, el transportista aéreo no es responsable de cualquier muerte o lesión que sufre el pasajero, sino solo de aquella muerte o lesión que se produce como consecuencia de un accidente ocurrido a bordo de la aeronave (sin importar que esta se encuentre detenida o en movimiento, ya que la ley no distingue) o durante las operaciones de embarque o desembarque. A diferencia del artículo 17 del Convenio de Montreal, el artículo 143 del *CA* establece lo que, para estos efectos, debe entenderse por operación de embarque y desembarque. De acuerdo con el mencionado artículo, la operación de embarque se extiende desde que el pasajero, bajo las instrucciones del transportador, ingresa a la plataforma de estacionamiento de aeronaves (la cual de acuerdo con el artículo 143 inciso segundo del *CA* consiste en cualquier superficie que sea usada con este objeto) hasta que aborda la aeronave. Por su parte, la operación de desembarque se extiende desde que el pasajero abandona la aeronave y sale de la plataforma de estacionamiento de aeronaves.

## 3. *Análisis del concepto de trabajo aéreo*

Ya delimitado el concepto de transporte aéreo, especialmente el transporte aéreo de pasajeros, corresponde ahora analizar el concepto de trabajo aéreo. En esta línea, el artículo 95 del *CA*, luego de definir *aeronáutica comercial*, en el inciso primero, y *servicio de transporte aéreo*, en el inciso segundo, dispone en el inciso tercero y final que los *servicios de trabajos aéreos* consisten en la explotación de cualquier actividad comercial distinta al traslado de pasajeros o cosas, por medio de aeronaves.

Por su parte, el Reglamento sobre operaciones de aeronaves DAR-06[40] (en adelante también Reglamento DAR-06) entrega una definición de *trabajos aéreos* en este mismo sentido. En efecto, dispone que los trabajos aéreos son operaciones distintas al traslado de pasajeros o cosas, y complementa la definición señalando que en aquellos la aeronave es utilizada para prestar "servicios especializados". A continuación entrega una extensa lista

[40] D.S. [Defensa] N° 52, de 2002.

de ejemplos de estos trabajos[41]. La Norma DAN-137 sobre trabajos aéreos[42] en el punto 137.7[43] ofrece una enumeración similar a la entregada por el Reglamento DAR-06, aunque más acotada. La misma técnica es utilizada por el Léxico de la Organización de Aviación Civil Internacional (en adelante también OACI)[44], que define a los trabajos aéreos como

> "operaciones especializadas de aviación comercial, que no incluyan operaciones de transporte aéreo, efectuadas con aeronaves, principalmente en agricultura, construcción, fotografía y levantamiento de planos".

Siguiendo a Folchi, la decisión de definir trabajo aéreo en los términos señalados se debe, principalmente, a que la actividad objeto del trabajo aéreo, al igual que la del transporte aéreo, es de naturaleza comercial, por lo que se estimó que la manera más sencilla de distinguirlas era definiendo una en relación a la otra[45].

Es así que, tal como lo afirmó Videla en su oportunidad, pese a la evolución del Derecho Aeronáutico no se cuenta con un concepto de trabajo

[41] El Reglamento DAR-06 realiza una clasificación de los trabajos aéreos de acuerdo con la siguiente enumeración no taxativa: 1) las *aplicaciones aéreas* (trabajos agrícolas, extinción de incendios, tratamiento de nubes, prevención de heladas, producción de aire turbulento y repoblación de peces, aves y animales); 2) *la observación, investigación, fotografía aérea y aerofotogrametría* (trabajos de elaboración de mapas, exploración geológica, exploraciones polares, conservación y utilización de suelos y aguas, planificación y desarrollo de centros urbanos, ingeniería civil, arqueología, estudios hidrológicos, inspección de cultivos, rebaños y tierras de labor, inspección y control de áreas inundadas y devastadas, observación meteorológica, estudio de la radiación cósmica, agricultura, silvicultura y forestación; y otros trabajos e investigaciones desde el aire); 3) *prospección y patrullaje aéreo* (prospección pesquera, estudios de la fauna, patrullaje de oleoductos, fronteras, guardacosta y forestal, control del tráfico vehicular y actos públicos, prospección magnética y otras actividades de mediciones y búsquedas desde el aire); 4) *trabajos de construcción* (construcción de líneas de alta tensión y teleféricos, montaje y traslado aéreo de torres, construcción de vallas, construcción, instalación y traslado de elementos pesados en edificaciones, construcción de puentes y oleoductos, supervisión de trabajos de construcción y otras actividades relacionadas con traslado, montaje, instalaciones y apoyo en obras terrestres y marítimas); 5) *trabajos de publicidad* (remolque de letreros, lanzamiento de volantes y objetos livianos de publicidad, anuncios por amplificador de voz, trazados fumígenos, emisiones de radio y televisión, televisión y rodaje de películas, avisos luminosos y otras actividades relacionadas con publicidad y propaganda aérea); 6) *ambulancia y traslado de heridos*; 7) *instrucción de vuelo remunerada a bordo de aeronaves* y 8) culmina con la enunciación "otros trabajos aéreos". (Volumen IV, capítulo 2.1 Reglamento DAR-06).

[42] Resolución (DGAC) Ex. Nº 381, de 2014.

[43] La Norma DAN-137 sobre trabajos aéreos dispone que para efectos de dicha normativa se definen entre otros, los siguientes trabajos aéreos: a) agrícolas, b) prospección pesquera, c) instrucción de vuelo, d) publicidad y propaganda, e) extinción de incendios forestales, f) fotogrametría, prospección magnética u otros sensores, fotografía, fílmicos de televisión o película cinematográfica, h) producción de aire turbulento (control de heladas), i) lanzamiento de paracaidistas.

[44] (Doc. 9294 OACI), versión de 1980.

[45] Folchi (2015), p. 158.

aéreo formulado en términos positivos, por lo que las legislaciones que lo tratan deben conformarse con proceder por vía de la exclusión[46]. La doctrina, por su parte, tampoco se ha ocupado debidamente de la materia. No obstante lo anterior, del Reglamento DAR-06 y de la Norma DAN-137 se desprenden diversos tipos de trabajos aéreos que suelen contratarse de manera frecuente en nuestro país.

En nuestro estudio, para distinguir a los trabajos aéreos sin fines de lucro de aquellos con fines de lucro, nos referiremos a estos últimos como *trabajos aéreos remunerados*, y hablaremos simplemente de *trabajos aéreos* para referirnos a ambas categorías cuando no sea necesario realizar distinción alguna.

### 3.1. Los trabajos aéreos y su ámbito de operación

Videla Escalada define el contrato de trabajo aéreo remunerado como aquel en el que una de las partes se obliga a realizar con una aeronave una actividad comercial distinta al transporte, en favor del otro contratante, quien, por su parte, se obliga a pagar un precio como contraprestación[47]. En este sentido, si se atiende a todos los elementos antes señalados, es posible precisar el concepto de trabajo aéreo remunerado definiéndolo como toda actividad civil con fines de lucro distinta al servicio de transporte aéreo, en el cual el explotador de una aeronave, debidamente acondicionada y certificada, presta un servicio especializado por medio de aquella a cambio de un precio cierto o determinado. Se trata, tal como se deduce del artículo 95 del *CA* y de la escasa normativa que lo regula, de un contrato bilateral, oneroso y conmutativo. Asimismo, por remisión del artículo 6 del *CA* a los artículos 1708 y 1709 del CC, se puede concluir que es un contrato que no requiere formalidad alguna, pero que, en caso de no encontrarse escriturado y contener una obligación cuyo valor supere dos unidades tributarias, no podrá admitirse en juicio prueba de testigos. Por último, es un contrato que tiene por objetivo cualquier actividad especializada diferente al transporte aéreo, lo que no significa que su ejecución no pueda traer aparejada algún tipo de traslado, que es lo que ocurre, por ejemplo, con los trabajos aéreos de ambulancia y traslado de heridos. Sin embargo, esta circunstancia no le otorgará en ningún caso el carácter de transporte aéreo.

En cuanto al ámbito en el que se desarrollan los trabajos aéreos remunerados, se desprende del Reglamento DAR-06 que, a diferencia de lo que puede ocurrir con el transporte aéreo, aquellos tienen un carácter netamente local o nacional. En esta línea, el citado reglamento dispone que las normas contenidas en el volumen IV del capítulo I del mismo, se aplicarán a toda

[46] Videla (1973), p. 782.
[47] *Op. cit.*, p. 795.

aeronave, chilena o extranjera, que realice en el territorio nacional labores definidas como trabajos aéreos[48]. Posteriormente, agrega que estas normas también se aplicarán a las aeronaves chilenas que realicen trabajos aéreos fuera del país, siempre que estas no se opongan a la reglamentación del país en el que operen[49]. En este sentido, el Reglamento (CE) 1008/2008 llama a lo que en Chile y en otros países se denomina trabajo aéreo, *vuelos locales*. En efecto, el artículo 2.6 de dicho reglamento define vuelo local como aquel vuelo en que no hay transporte de pasajeros, carga o correo entre distintos aeropuertos u otros puntos de aterrizaje autorizados.

### 3.2. Regulación de los trabajos aéreos

Además del *Código Aeronáutico*, existen diversas normas que tienen por objetivo regular determinados aspectos de la actividad aeronáutica y que, por lo tanto, resultan aplicables a los trabajos aéreos. Aún así, la normativa existente sobre la materia es escasa y no existe una regulación sistemática de este tipo de actividades. Es más, ninguna norma se refiere a los efectos propios de estos contratos ni al régimen de responsabilidad aplicable al explotador en caso de daños sufridos a bordo de la aeronave. Entre estas normas se encuentran las siguientes:

1°, Reglamento DAR-06 sobre operación de aeronaves[50]. Establece normas sobre operación de los servicios de transporte aéreo, aviación general y dicta normas para la realización de trabajos aéreos. Así, entre otras cosas, señala lo que debe entenderse por trabajos aéreos, entrega una clasificación de los mismos de acuerdo con el tipo de actividad realizada y fija normas para cada tipo de trabajo aéreo de acuerdo con la clasificación entregada.

2°, Reglamento DAR-01 sobre licencias al personal aeronáutico[51]. Este reglamento regula el otorgamiento y convalidación de licencias y habilitaciones para el ejercicio de las funciones aeronáuticas que en él se señalan. A su vez, establece la clasificación, atribuciones y requisitos que deben reunir los aspirantes para su obtención.

3°, Reglamento DAR-91 sobre reglas de vuelo y operación general[52]. Deroga el decreto supremo Nº 37 de 1988 y sus modificaciones, que aprobó el *Reglamento del Aire* DAR-02 dada la necesidad de actualizar lo preceptuado en este último.

4°, Reglamento DAR-13 sobre investigación de accidentes e incidentes de aviación[53]. El presente reglamento se dicta ante la necesidad de adecuar

[48] Punto 1.1 del volumen IV del capítulo 1 del Reglamento DAR-06.
[49] Punto 1.2 del volumen IV del capítulo 1 del Reglamento DAR-06.
[50] D.S. [Defensa] N° 52, de 2002.
[51] D.S. [Defensa] N° 11, de 2004.
[52] D.S. [Defensa] N° 128, de 2007.
[53] D.S. [Defensa] N° 216, de 2004.

el Reglamento de investigación de accidentes e incidentes de aviación a los Anexos de la Organización de Aviación Civil Internacional.

5°, Reglamento DAR-51 sobre el procedimiento infraccional aeronáutico[54] que regula el procedimiento a que se refieren los artículos 185 y siguientes del *Código Aeronáutico*.

6°, Asimismo, la Dirección General Aeronáutica Civil (en adelante también, DGAC), en ejercicio de las atribuciones que le entrega la ley Nº 16.752 Orgánica de la DGAC (artículo 3, letra *h)*)[55] ha dictado una serie de normas técnicas con el objetivo de resguardar la seguridad de la navegación aérea. Entre estas se encuentran las siguientes: Norma DAN-137 sobre trabajos aéreos; Norma DAN-43[56] sobre mantenimiento; Norma DAN-119[57] sobre obtención de certificado de operador aéreo (AOC); Norma DAN-14 02[58] sobre servicios de seguridad, salvamento y extinción de incendios; Norma DAN-141[59] sobre centros de instrucción de aeronáutica civil (CIAC).

### 3.3. Partes del contrato de trabajo aéreo

Ni el *Código Aeronáutico* ni el Reglamento DAR-06 señalan quiénes son las partes de este contrato. Sin embargo, podemos deducir, en primer lugar, que quien ejecuta la actividad en el trabajo aéreo remunerado (que puede ser de diversa índole según el tipo de trabajo aéreo de que se trate) es el explotador de la aeronave, ya sea que la realice él mismo o por medio de un comandante designado para tal efecto (artículo 99 del *CA*); y, en segundo lugar, que quien contrata el trabajo aéreo es una persona a la que no podemos denominar pasajero. Es más, puede que, dependiendo de la naturaleza del trabajo, dicha persona ni siquiera requiera subir a bordo de la aeronave. Le llamaremos, en términos genéricos, y en concordancia con el artículo 1915 del CC, arrendatario del servicio de trabajo aéreo.

El punto 3.4.1.1 del Reglamento DAR-06 dispone que toda empresa aérea que desee efectuar operaciones de servicio de transporte aéreo o cualquier servicio de aeronavegación comercial debe ser titular de una Autorización Técnica Operativa (ATO). En consecuencia, el explotador que quiera realizar operaciones de trabajos aéreos debe obtener, previamente, esta Autorización y contar con un certificado de explotador de servicios aéreos, específicamente, y en concordancia a lo señalado en las Normas DAN-119

[54] D.S. [Defensa] N° 148, de 2004.
[55] Ley Nº 16.752, de 1968.
[56] Resolución (DGAC) Ex. Nº 721, de 2012.
[57] Resolución (DGAC) Ex. Nº 1043, de 2009.
[58] Resolución (DGAC) Ex. Nº 388, de 2016.
[59] Resolución (DGAC) Ex. Nº 0460, de 2012.

y DAN-137, un certificado de operador aéreo[60]. En esta línea, la Norma DAN-137 define operador como el "titular de un Certificado de Operador Aéreo Comercial (AOC)[61]". Por tanto, la figura del explotador se identifica con la del operador aéreo comercial. El Reglamento DAR-06 establece, además, que la aviación no comercial que pretenda realizar trabajos aéreos remunerados debe contar con la autorización de la Junta de Aeronáutica Civil.

Por su parte, el arrendatario del servicio de trabajo aéreo es aquella persona natural o jurídica que solicita la realización de una actividad consistente en un determinado trabajo aéreo a cambio de un precio cierto y en el caso de tratarse de una persona natural y dependiendo del contenido de la obligación emanada del contrato puede o no encontrarse a bordo de la aeronave durante la realización del servicio contratado, lo que dependerá del contenido del trabajo aéreo contratado.

## *4. Normativa aplicable a los trabajos aéreos*

Toda vez que los trabajos aéreos carecen de una regulación sistemática, es menester determinar la naturaleza jurídica de los mismos con la finalidad de determinar las normas que les son aplicables de manera supletoria. Es importante destacar que, al igual que en el transporte aéreo, al requerirse de una aeronave para la ejecución del trabajo aéreo se trata de un *contrato aeronáutico* lo que ya aporta a estas figuras atípicas una especialidad única. Sin embargo, no es posible aplicar a los trabajos aéreos remunerados la normativa contenida en el *Código Aeronáutico* para los servicios de transporte aéreo, ya que dicha normativa consagra un régimen excepcional, toda vez que la regla general de responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico es el de la responsabilidad por culpa[62]. En consecuencia, para que pueda aplicarse el régimen de imputación de responsabilidad objetiva se requiere la intervención del legislador. Así las cosas, el arrendatario de un servicio de trabajo aéreo que sufra daños a bordo de la aeronave durante la ejecución del trabajo aéreo determinado no contará con los beneficios que tiene el pasajero que sufre un accidente a bordo de la aeronave durante el transporte aéreo, toda vez que, como se señaló, el *Código Aeronáutico* establece, para estos casos, un sistema mixto de responsabilidad en cuyo primer estrato rige un régimen de imputación de responsabilidad objetiva hasta el tope de 4000 UF por muerte o lesión de cada pasajero.

[60] Capítulo C de la Norma DAN-119 y capítulo A de la Norma DAN-137.
[61] Punto 137.1 del capítulo A de la Norma DAN-137.
[62] Corral (2013), p. 218.

### 4.1. Naturaleza jurídica del contrato de trabajos aéreos

Para efectos de determinar la naturaleza jurídica del contrato de trabajo aéreo remunerado, debemos remitirnos a las normas de Derecho Común, específicamente a las normas del *Código Civil* (artículo 6 del *CA*). En efecto, se ha observado que el trabajo aéreo remunerado consiste en un servicio especializado realizado a bordo de una aeronave a cambio de un precio determinado. Por lo tanto, podemos calificarlo dentro del ámbito de los contratos de arrendamiento toda vez que el artículo 1915 del CC define arrendamiento como un contrato en que las dos partes se obligan, recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y, la otra, a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado. Ahora bien, claro es el hecho de que no se trata de un arrendamiento de cosas en el sentido del artículo 1916 del CC. Sin embargo, queda determinar si por las características propias de estos contratos le son aplicables las normas sobre arrendamiento de obra o las normas sobre arrendamiento de servicios. Videla Escalada ubica a los trabajos aéreos dentro de los contratos de locación de obra. Llega a esta conclusión en virtud de tres criterios:

1) la forma de pagar el precio, que de acuerdo con este autor se hace en función del trabajo realizado y no del tiempo transcurrido;
2) la no existencia de un vínculo de subordinación entre las partes, el cual solo se daría en los contratos de arrendamiento de servicios y
3) la naturaleza de las obligaciones que emanan del contrato que, de acuerdo con Videla Escalada, constituyen obligaciones de resultado[63].

Esta misma idea es reiterada por Folchi, quien sostiene que la responsabilidad en el trabajo aéreo es de carácter contractual y el contrato en estudio es una especie de locación de obra que tiene elementos específicos de la actividad aeronáutica[64]. Sin embargo, a nuestro juicio, es posible rebatir los argumentos entregados para calificar a los trabajos aéreos como un tipo de locación de obra.

De acuerdo con Videla Escalada, el primer aspecto que distingue a ambos contratos es que el pago del precio en el arrendamiento de obra se hace en función del trabajo realizado y en el arrendamiento de servicios se hace en función del tiempo transcurrido. Luego, afirma que en los trabajos aéreos el pago del precio se hace en función del trabajo realizado. Pues bien, en el arrendamiento de obra, el objetivo principal para el contratista es la obtención de un precio, que consiste en un ajuste o precio alzado, esto es, fijado previamente y pagadero según una cifra determinada. Se trata, por lo tanto, de un precio cierto. En relación con el precio acordado, autores como Lasarte afirman que aquel puede ser la contraprestación por la ejecución

[63] Videla (1973), pp. 795-796.
[64] Folchi (2015), p. 343.

completa de la obra o por cada una de las unidades o partes de la obra[65]. Asimismo, Villanueva sostiene que, en la práctica, tanto en el arrendamiento de obra como en el arrendamiento de servicios el precio puede ser fijado por períodos de tiempo o por unidades de tiempo realizadas (como piezas, medidas, o actuaciones singulares), sin que la forma elegida por las partes condicione por sí sola la calificación del contrato[66].

Así las cosas, es posible apreciar que, si bien el precio es un elemento esencial en ambos tipos de arrendamiento, no lo es la forma de efectuar su pago, por lo que es perfectamente posible que las partes del contrato de arrendamiento de obra acuerden que el precio se pague en conformidad al tiempo y no a la tarea realizada. Por lo tanto, debe descartarse este primer criterio utilizado por Videla Escalada para determinar si el trabajo aéreo remunerado es un contrato de locación de obra o un arrendamiento de servicios toda vez que dice relación con un aspecto que no es esencial al contrato.

El segundo criterio de distinción entregado por Videla Escalada tiene relación con la existencia de un vínculo de subordinación entre las partes. Así, sostiene que el derecho de impartir órdenes y la correlativa obligación de obedecerlas solo tiene lugar en el contrato de arrendamiento de servicios. De acuerdo con el autor, en los trabajos aéreos no existe subordinación jurídica alguna del explotador de la aeronave, quien cumple sus labores en conformidad a sus propios conocimientos y técnica adquirida y, por lo tanto, no está obligado a aceptar órdenes en virtud del contrato[67]. Sin embargo, debemos recordar que la obra de este autor data de 1973, por lo que, si bien la dependencia del prestador de servicios fue uno de los criterios para distinguir entre el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra, hoy este ha sido ampliamente superado. En este sentido, Villanueva afirma que la frontera entre las prestaciones de servicios de carácter civil y las de carácter laboral parece trazarse, justamente, sobre las notas de dependencia o subordinación en el trabajo. En efecto, con el surgimiento del Derecho Laboral, la subordinación o dependencia pasó a entenderse como uno de los elementos esenciales de la relación laboral y no de la relación propiamente civil[68]. Por lo tanto, hoy, no es útil el criterio que atiende a la existencia de un vínculo de subordinación entre las partes para establecer si el trabajo aéreo remunerado corresponde a un contrato de locación de obra o a un arrendamiento de servicios ya que, como se señaló, este vínculo caracteriza a una relación propiamente laboral.

Por último, de acuerdo con Videla Escalada, el arrendamiento de servicios genera obligaciones de medios; y la locación de obra, obligaciones de

[65] Lasarte (2013), p. 258.
[66] Villanueva (2009), p. 63.
[67] Videla (1973), pp. 795-796.
[68] Villanueva (2009), p. 202.

resultado; luego sostiene que de los trabajos aéreos emanan obligaciones de resultado. De esta forma, el tercer criterio que distingue a una y otra figura es, según este autor, el contenido de la obligación que emana del contrato. Las obligaciones de medio se han definido como aquellas en las que el deudor cumple la prestación como tal, adoptando una conducta adecuada para la obtención del interés del acreedor, aun cuando ese interés no se satisfaga. Es decir, el objetivo primordial en este tipo de obligaciones es la conducta desplegada por el deudor[69]. En este sentido, también se ha señalado que la sustancia de la prestación, en este tipo de obligaciones, corresponde a una actividad o cierto comportamiento[70]. Así las cosas, como explica Pizarro, no es posible distinguir, en estos casos, el cumplimiento y la diligencia debida, o por el contrario, el incumplimiento de la culpa[71]. Por el contrario, la obligación de resultado se ha definido como aquella en la que la obligación se cumple solo cuando se satisface el interés legítimo del acreedor, sin importar si la conducta del deudor fue o no adecuada[72]. En otras palabras, como señala Peñailillo, el deudor en este tipo de obligaciones se obliga a proporcionar, en forma directa e inmediata, la satisfacción de un interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado, el cual integra la prestación[73].

Ahora bien, es posible apreciar que existe una diversidad enorme de trabajos aéreos y el objeto principal que se persigue en unos y en otros puede ser muy distinto. Así, si pensamos, por ejemplo, en algunos de los tipos de trabajo aéreo remunerado mencionados en el Reglamento DAR-06 o en la Norma DAN-137, se puede concluir que, en algunos de estos trabajos, el objetivo principal es la conducta desplegada por el deudor, por lo que, de acuerdo con Videla Escalada, constituirían tipos de arrendamiento de servicios. Así, por ejemplo, si pensamos en el contrato de instrucción de vuelo remunerada, en el que el acreedor (alumno del curso de instrucción) pretende convertirse en un piloto ya sea comercial o privado, dependiendo del curso que tome, se puede concluir que el hecho de haber realizado el curso de piloto no garantizará que el alumno efectivamente pase el examen práctico exigido por la DGAC ante el inspector de vuelo. Lo anterior nos aleja de lo sostenido por el autor en cuanto a que de todos los contratos de trabajo aéreo remunerado emana una obligación de resultado y que, por lo tanto, todos estos trabajos constituyen tipos de locación de obra.

Por otra parte, obedecer a este criterio de diferenciación para determinar si el trabajo aéreo remunerado es un contrato de obra o un contrato de arrendamiento de servicios es, a nuestro juicio, inadecuado porque de los

[69] Salinas (2011), p. 292.
[70] Peñailillo (2006), p. 223.
[71] Pizarro (2008), p. 263.
[72] Salinas (2011), p. 293.
[73] Peñailillo (2006), p. 223.

trabajos aéreos se desprenden también otras obligaciones. Así, en un contrato de trabajo aéreo remunerado siempre existirá la obligación de pagar el precio, y en los casos en que quien contrató el respectivo trabajo deba permanecer a bordo de la aeronave durante la ejecución del mismo, existirá también una obligación de seguridad aun cuando esta no se haya estipulado expresamente (artículo 1546 del CC). Entonces, de un mismo contrato de trabajo aéreo pueden derivarse tanto obligaciones de medios como obligaciones de resultado, lo que dificulta determinar la categoría a la que aquel pertenece.

Cabe señalar, además, que la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado no está consagrada en nuestro *Código Civil*, sino que corresponde a una creación doctrinal. Incluso hay autores para quienes esta diferenciación es meramente aparente. Así, por ejemplo, Rodríguez Grez afirma que en nuestro ordenamiento no existe ninguna obligación de resultado, entendiéndose por tal aquella en la que el resultado deba alcanzarse siempre y bajo todo supuesto [74]. Tampoco existen argumentos de texto que permitan generar un vínculo necesario entre los contratos de ejecución de obra y las obligaciones de resultado y entre los contratos de prestación de servicios y las obligaciones de medios. En consecuencia, debemos desechar también este tercer criterio utilizado por Videla Escalada.

### 4.2. Los trabajos aéreos como contratos de prestación de servicios

A nuestro juicio, es evidente que los trabajos aéreos remunerados mencionados en el Reglamento DAR-06 y en la Norma DAN-137 constituyen contratos de servicios. El problema es que la regulación de estos contratos es bastante precaria, por lo que se hace necesario determinar qué normas le son aplicables, esta vez, a los contratos de servicios de manera supletoria, para así determinar qué normas son aplicables por tanto a los trabajos aéreos remunerados. De acuerdo con Rodríguez Pinto, la disciplina del contrato de servicios debe reconstruirse a partir de normas que se encuentran dispersas en el libro IV del *Código Civil*, como las relativas al contrato de confección de obra (artículos 1996 a 2005), al arrendamiento de servicios inmateriales (artículos 2006 a 2012) y al arrendamiento de transporte (artículos 2013 a 2021), debiendo reconocerse también, de acuerdo con la autora, la prestación de unos determinados servicios en las normas que regulan el mandato (título XXIV del libro IV) y el depósito remunerado[75]. Por su parte, Barros plantea que

[74] Ello porque, a juicio del autor, si bien el deudor puede asumir el máximo de diligencia posible, asumir el caso fortuito o el hecho de un tercero, no puede hacerse responsable del dolo o culpa grave del acreedor en el evento de que este obstruya el cumplimiento de la obligación, porque esto significaría condonar el dolo futuro. Por lo tanto, la mencionada estipulación adolecería de objeto ilícito. Véase RODRÍGUEZ (2012), p. 210.

[75] RODRÍGUEZ (2014), p. 794.

los servicios que no tienen una regulación legal especial deben entenderse normados analógicamente por las reglas relativas al mandato, en cuanto se correspondan con su naturaleza, y sin perjuicio de que resulten aplicables las escasas normas sobre arrendamiento de servicios inmateriales[76].

El mandato es definido en el inciso primero del artículo 2116 del CC como un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera; el que, de acuerdo con el artículo 2117 del mismo cuerpo legal, puede ser gratuito o remunerado. Asimismo, el artículo 2118 del CC dispone que los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios se sujetan a las reglas del mandato. Sin embargo, no es necesario que el mandatario tenga un título o un grado universitario[77]. En este sentido, es posible afirmar que las reglas del mandato son aplicables a los contratos de trabajos aéreos toda vez que de acuerdo con la normativa vigente para ejecutar este tipo de servicios es necesario contar con estudios especializados y cumplir con los requisitos que exige la autoridad aeronáutica.

Luego, Barros agrega que si el resultado del servicio es un riesgo que naturalmente pertenece al deudor de la prestación, son aplicables las normas sobre arrendamiento de obra material porque, de acuerdo con el autor, son justamente aquellas normas las que establecen esa distribución de riesgos[78]. En estos casos, la ejecución de una obra se equipara a la prestación de una actividad con obtención de un resultado determinado[79]. En consecuencia, habrá que analizar el contenido de cada servicio de trabajo aéreo en particular para determinar si son aplicables las normas sobre arrendamiento de obra material o sobre mandato dependiendo si, en atención a la obligación que emana del contrato, este se asimila más al primer contrato o al segundo. En este sentido, para Barros, al igual que para Videla Escalada, cobra importancia la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, pero, como se puede apreciar, Barros da un paso más allá, toda vez que no afirma que del contrato de arrendamiento de obra emanan obligaciones de resultado y del contrato de arrendamiento de servicios obligaciones de medios. Por el contrario sostiene que, de acuerdo con el contenido de un determinado servicio, este se puede aproximar de mejor manera a un arrendamiento de obra (si de él emanan obligaciones de resultado) o a un mandato (si de él emanan obligaciones de medios), con todas las dificultades y objeciones que esta distinción de las obligaciones trae aparejada. En consecuencia, si el contenido de la obligación que emana del contrato de trabajo aéreo remunerado, tiene relación con el desarrollo de una determinada actividad

[76] Barros (2012), p. 331.
[77] Stitchkin (2009), p. 129.
[78] Barros (2012), pp. 326-329.
[79] Solé (1997), p. 107.

más allá del resultado que esta tenga aparejada serán aplicables supletoriamente las normas del mandato y, en cambio, si la prestación consiste en un resultado determinado, serán aplicables supletoriamente a dicho servicio las normas del arrendamiento de obra.

Sin embargo, otros autores advierten ciertos problemas en la propuesta de Barros. En este sentido, Brantt y Mejías sostienen que las normas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y de ejecución de obra material y las normas del mandato no permiten edificar un régimen legal supletorio propio para los contratos de servicios, al menos en cuanto al contenido de las obligaciones y a los remedios del acreedor frente al incumplimiento[80]. Explican que esto se debe a que las normas sobre el arrendamiento de obra y sobre el mandato reiteran lo señalado en las reglas generales sobre "las obligaciones en general y los contratos" de que trata el libro IV del *Código Civil*, que se refieren, principalmente, a obligaciones de dar[81]. Por otra parte, como es posible apreciar, las normas que regulan estos contratos son muy lejanas a la especialidad que requieren contratos como los estudiados de los cuales emanan obligaciones de hacer sumamente específicas y complejas donde la pericia y experiencia del piloto juega un rol esencial.

Así las cosas, queda la tarea de realizar un estudio acabado de cada uno de los trabajos aéreos mencionados en el Reglamento DAR-06 y construir una adecuada sistematización con el objetivo de crear principios o criterios aplicables a unos y otros. Creemos que es útil que la doctrina desarrolle este tipo de ejercicio y elabore un sistema de clasificación que pueda guiarnos a la hora de determinar la normativa aplicable en cada caso y la responsabilidad que pudiese tocar al explotador en un accidente aéreo determinado en atención a las características propias del trabajo aéreo respectivo. Así, a modo de ilustración, es posible distinguir aquellos servicios que para su ejecución requieren que quien contrató el servicio se encuentre a bordo de la aeronave, como, por ejemplo, la instrucción de vuelo remunerada[82]; de aquellos cuya ejecución implica subir a bordo de la aeronave a personas con quienes no existe un vínculo contractual como, por ejemplo, los servicios de rescate aéreo. También es posible diferenciar aquellos trabajos cuya ejecución involucra arrojar sustancias o cosas a la superficie como los trabajos de fumigación[83], extinción de incendios[84] y determinados trabajos de publicidad[85]. Por otra parte, existen trabajos aéreos que involucran un alto grado de habilidad por parte del piloto como, por ejemplo, los trabajos de fumigación

[80] Brantt y Mejías (2016), p. 101.
[81] *Op. Cit.*, p. 88.
[82] Capítulo 6.4, volumen IV del Reglamento DAR-06.
[83] Capítulo 6.2, volumen IV del Reglamento DAR-06.
[84] Capítulo 6.6, volumen IV del Reglamento DAR-06.
[85] Capítulo 6.5, volumen IV del Reglamento DAR-06.

y de extinción de incendios. En este sentido, el Reglamento DAR-06 dispone que los pilotos que ejecuten trabajos agrícolas deben precaver y tomar todas las medidas necesarias para disminuir al mínimo el riesgo propio y de las personas que participen en esta actividad. También deben preocuparse del entorno en que ejecutan su trabajo, especialmente cuando se trata de lugares poblados (capítulo 6.6.1, volumen IV). Asimismo, señala que la extinción de incendios, por ser un trabajo aéreo de alto riesgo, requiere que los pilotos tengan una capacitación más especializada tanto en aspectos teóricos como prácticos que le permitan disminuir al mínimo los riesgos de esta actividad (capítulo 6.6.1, volumen IV). Entre otras distinciones.

De esta manera, al hablar de servicios de trabajos aéreos nos enfrentamos a contratos que, al igual que el transporte aéreo, tienen una naturaleza única (contratos aeronáuticos), pero que, a diferencia de estos, son contratos atípicos, toda vez que no cuentan con una normativa propia al menos en lo que se refiere a las obligaciones que emanan del contrato, su cumplimiento y a ciertos criterios de determinación de la responsabilidad en caso de daños a bordo de la aeronave. Tampoco se tiene claridad acerca de todos los tipos de trabajos aéreos existentes debido a la diversidad de los mismos.

## Conclusiones

Los trabajos aéreos remunerados han adquirido gran relevancia en el tráfico jurídico, lo que hace necesaria una definición de lo mismos en términos positivos, que no se construya a partir del concepto de transporte aéreo. Estos contratos no cuentan con una normativa propia al menos en lo que se refiere a las obligaciones que emanan del contrato, su cumplimiento y a la responsabilidad aplicable en caso de lesiones o muerte sufridas durante la ejecución de algún trabajo aéreo remunerado por personas a bordo de la aeronave distintas a quienes tienen un vínculo de subordinación con el explotador.

No obstante que estas figuras se han intentado explicar como tipos de locación de obra, constituyen especies de contratos de arrendamiento de servicios que se caracterizan por ser sumamente especializados. En consecuencia, para realizar este tipo de trabajos, el explotador de la aeronave requerirá contar con estudios especializados y cumplir con los requisitos que exige la autoridad aeronáutica, entre estos ser titular de una Autorización Técnica Operativa (ATO) y contar con un certificado de operador aéreo.

En vista de que los servicios de trabajos aéreos regulados en el Reglamento DAR-06 y DAN-137 tienen por objetivo la ejecución de cualquier actividad civil con fines de lucro a bordo de una aeronave distinta al transporte aéreo, no les resulta aplicable el régimen especial de responsabilidad contenido en el *Código Aeronáutico* para ciertas hipótesis del transporte aéreo, toda vez, que al ser un régimen excepcional en nuestro sistema, no puede

aplicarse por analogía a otros contratos aeronáuticos. En esta línea, la persona distinta a la tripulación de vuelo que sufre daños (muerte o lesión) a bordo de la aeronave durante la ejecución de un trabajo aéreo no cuenta con el mismo grado de protección que otorga el ordenamiento jurídico al pasajero que sufre un accidente a bordo de la aeronave durante el transporte aéreo, toda vez que en caso de muerte o lesiones este se verá beneficiado por el régimen especial contenido en el *Código Aeronáutico*, cuyo primer estrato consagra la responsabilidad objetiva del transportador hasta el tope de 4.000 UF.

Los contratos de servicios, en general, tienen una regulación bastante precaria. Por lo tanto, para determinar las normas aplicables a los servicios de trabajos aéreos debemos remitirnos a las normas sobre arrendamiento de obra material o sobre mandato, según cual sea el contenido del respectivo trabajo aéreo. Sin embargo, estas normas reiteran lo señalado en el libro IV del *Código Civil*, que se refiere principalmente a obligaciones de dar y además son muy lejanas a la especialidad que requieren estos contratos de los cuales emanan obligaciones de hacer sumamente específicas, donde la pericia y experiencia del piloto representa un papel esencial.

## Bibliografía


Aedo Barrena, Cristián (2006): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Librotecnia).

Aedo Barrena, Cristián (2014): "El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41 Nº 2: pp. 705-728.

Alessandri Rodríguez, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria).

Barroilhet Acevedo, Claudio y Díaz Díaz Alejandro (2002): *Derecho de transporte* (Santiago, Libromar Ltda.) Tomo I.

Barros Bourie, Enrique (2010): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Barros Bourie, Enrique (2012): "Los contratos de servicios ante la doctrina general del contrato: la virtualidad analógica de las reglas del mandato", Fabián Elorriaga (ed.), *Estudios de Derecho Civil VII* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot), pp. 325-340.

Brantt Zumarán, María Graciela y Claudia Mejías Alonzo (2016): "El derecho supletorio del contrato de servicios en el Código Civil Chileno. Insuficiencias de las reglas del mandato y del arrendamiento", en: *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), XLVI, primer semestre de 2016: pp. 71-103.

Bustos Moreno, Yolanda B. (2003*): La responsabilidad civil en la navegación aérea. Los daños a terceros* (Madrid, Editorial Dykinson, S. L.).

Capaldo D., Griselda (2012): "Análisis del sistema de responsabilidad en el Convenio de Montreal de 1999", en *Revista CEDAE Online*. Disponible en https://cedaeonline.com.ar/2012/12/26/analisis-del-sistema-de-responsabilidad-en-el-convenio-de-montreal-de-1999/ [fecha de consulta: 10 de marzo de 2017].

Corral Talciani, Hernán (2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, (Segunda Edición, Santiago, Legal Publishing).

Diez-Picazo, Luis (2000): "Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (Madrid, Nº 4, 2000), pp. 153-166.

Ferrer Tapia, Belén (2013): *El contrato de transporte aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad* (Madrid, Editorial Dykinson).

Folchi, Mario O. (2015): *Tratado de derecho aeronáutico, y política de la aeronáutica civil* (Buenos Aires, Editorial Astrea) Tomo i y ii.

Lasarte, Carlos (2013): *Contratos. Principios de Derecho Civil*, (15ª ed., Madrid, Marcial Pons) Tomo iii.

Lecaros Sánchez, José Miguel (2012): *La responsabilidad civil y la actividad aeronáutica* (Santiago, Editorial Librotecnia).

López Santa María, Jorge (2010): *Los contratos. Parte general*, (5ª ed., Santiago, Legal Publishing).

Luongo, Norberto (2015): "El régimen de responsabilidad aplicable por daños a los pasajeros en el transporte aéreo internacional", *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros* (Madrid, Editorial Marcial Pons): pp. 59-94.

Mayorga Toledano, María Cruz (2015): "El transporte de equipaje: ámbito y extensión de la responsabilidad del porteador aéreo por pérdida, destrucción, daños o retraso", *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros* (Madrid, Marcial Pons): pp. 163-219.

Morales Contardo, Patricio y Sergio Cea Cienfuegos (2014): *Derecho aeronáutico chileno. Perspectiva administrativa y penal* (Santiago, Legal Publishing).

Morillas Jarillo, María José, María Victoria Petit Lavall, María Jesús Guerrero Lebrón (2014): *Derecho aéreo y del espacio* (Madrid, Editorial Marcial Pons).

Peñailillo Arévalo, Daniel (2006): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Pizarro Wilson, Carlos (2008): "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia", en *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), xxxi: pp. 255-265.

Riesco Eyzaguirre, Ricardo (1999): "Régimen de responsabilidad consagrado por el Código Aeronáutico para el transporte aéreo de mercaderías" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 Nº 4: pp. 931-965.

Ríos Tejada, F; Villegas Fernández, F. *et al*. (2002): "Síndrome del pasajeros de clase económica", en *Anales de Medicina Interna* (Madrid), Vol. 19 Nº 11: pp. 589-593.

Rodríguez Grez, Pablo (2012): *Responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Rodríguez Pinto, María Sara (2014): "Responsabilidad por incumplimiento de contrato de servicios. La protección del consumidor y del cliente por prestaciones defectuosas", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41 Nº 3: pp. 791-823.

Salinas Ugarte, Gastón (2011): *Responsabilidad civil contractual* (Santiago, Legal Publishing Chile) Tomo i.

Solé Resina, Judith (1997): *Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto* (Madrid, Editorial Marcial Pons).

Stitchkin Branover, David (2009): *El mandato civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Tapia Salinas, Luis (1993): *Derecho aeronáutico* (Barcelona, Casa Editorial Barcelona).

Videla Escalada, Federico (1973): *Derecho aeronáutico*, (Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavalia) Tomo iii.

Villanueva Lupion, Carmen (2009): *Los contratos de servicios* (Madrid, Editorial La Ley).

Zunino, Jorge (1979): *La responsabilidad por daños a personas y cosas en el contrato de transporte aéreo, marítimo y terrestre*. (Buenos Aires, Ediciones MERU SRL).

## *Normas*

Ley Nº 18.916, aprueba el Código Aeronáutico. *Diario Oficial*, 8 de febrero de 1990.

Ley Nº 16.752, orgánica de la Dirección General de Aeronáutica Civil. *Diario Oficial*, 17 de febrero de 1968.

Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, entre otras materias, Decreto con Fuerza de Ley N°1. *Diario Oficial*, 30 de mayo de 2000.

Sobre contrato de transporte aéreo, decreto supremo N° 307 del Ministerio de obras públicas y transporte. *Diario Oficial*, 31 de octubre de 1972.

Reglamento sobre operación de aeronaves, Decreto Supremo N° 52 del Ministerio de Defensa. *Diario Oficial*, 20 de julio de 2002 (se cita como Reglamento DAR-06).

Reglamento sobre licencias al personal aeronáutico, Decreto Supremo N° 11 del Ministerio de Defensa. *Diario Oficial*, 21 de abril de 2004 (se cita como Reglamento DAR-01).

Reglamento sobre reglas de vuelo y operación general, Decreto Supremo N° 128 del Ministerio de Defensa. *Diario Oficial*, 22 de mayo de 2007 (se cita como Reglamento DAR-91).

Reglamento sobre el procedimiento infraccional aeronáutico, Decreto Supremo N° 148 del Ministerio de Defensa. *Diario Oficial*, 25 de noviembre de 2004 (se cita como DAR-51).

Reglamento sobre investigación de accidentes e incidentes de aviación, Decreto Supremo N° 216 del Ministerio de Defensa. *Diario Oficial*, 5 de marzo de 2004 (se cita como Reglamento DAR-13).

Resolución (exenta) Nº 381 (DGAC), Sobre trabajos aéreos. *Diario Oficial*, 11 de octubre de 2014 (se cita como Norma DAN-137).

Resolución (exenta) Nº 721 (DGAC), sobre mantenimiento. *Diario Oficial*, 4 de octubre de 2012 (se cita como Norma DAN-43).

Resolución (exenta) Nº 1043 (DGAC), sobre normas para la obtención de certificado de operador aéreo. *Diario Oficial*, 12 de junio de 2009 (se cita como Norma DAN-119).

Resolución (exenta) Nº 0388 (DGAC), sobre servicios de seguridad, salvamento y extinción de incendios. *Diario Oficial*, 28 de julio de 2016, 2ª ed. (se cita como Norma DAN-1402).

Resolución (exenta) Nº 0460 (DGAC), sobre centros de instrucción de aeronáutica civil. *Diario Oficial*, 25 de junio de 2012 (se cita como Norma DAN-141).

Convenio para la Unificación de Cierta Regla para el Transporte Aéreo Internacional, Decreto Supremo N° 56 del Ministerio de Relaciones Exteriores. *Diario Oficial*, 19 de mayo de 2009. (Se cita como Convenio de Montreal de 1999)

Léxico de la Organización de Aviación Civil Internacional (Doc. 9294 OACI), versión de 1980.

Reglamento (CE) 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad.

## *Jurisprudencia*

Corte Suprema (2015): Rol Nº 22954-14, 23 de marzo de 2015. [Fecha de consulta: 15 de abril de 2017] Disponible en: http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl

# DE LAS MEDIACIONES POR DAÑOS EN SALUD

# MEDIATIONS BY HARMS IN HEALTH SYSTEMS

*Benjamín Musso Arratia*[*]

"Qui agit, ante debet rem diligenter
explorare et tunc ad agendum procedere"[1]

RESUMEN: Este trabajo tiene por objetivo analizar el régimen de mediaciones por daños en salud establecido por la ley Nº 19.966, estudiando sus principios, características y procedimiento, y haciendo un muy breve comentario respecto a la constitucionalidad de dicho procedimiento, con el propósito de contribuir al conocimiento de este.

PALABRAS CLAVE: Mediación - Consejo de Defensa del Estado - Superintendencia de Salud - Ley N°19.966.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to analyze the heltcare tort's mediation remine established by the law number 19.966, through the study of its principles, characteristics and the procedure, as well as the analysis regarding the constitutionality of its procedure, with the purpose of contributing to knowledge of it.

KEYWORDS: Mediation - State Defense Council - Superintendence of Health - Law N°19.966.

[*] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas U. del Desarrollo; profesor de Introducción al Derecho, U. del Desarrollo. Correo electrónico: bmussoa@udd.cl

[1] GAYO, D. 50, 17, 42.- "El demandante debe antes estudiar diligentemente el asunto y solo entonces proceder a demandar".

## I. Introducción

El procedimiento de mediación extrajudicial por daños en salud se encuentra regulado en el párrafo II del título III de la ley N°19.966, sobre Régimen de Garantías en Salud de fecha 3 de septiembre de 2004.

Este procedimiento de mediación no estaba contemplado en el proyecto de ley original, incorporándose este en un segundo trámite constitucional por el Senado. Señala María Soledad Lagos Ochoa, Mediadora del Consejo de Defensa del Estado:

> "su propósito fue desjudicializar los conflictos sanitarios, estableciendo una instancia de mediación obligatoria previa a un litigio. Al inicio del sistema (marzo 2005), el monto total demandado por daños sanitarios ascendía a 40 mil millones de pesos, cantidad que, de haberse acogido en los juicios, podría haber puesto en peligro la implementación de las Garantías Explícitas en Salud"[2].

En el informe de la Comisión de Salud del Senado se consideró

> "que ésta [la mediación] constituye una herramienta novedosa y efectiva para alcanzar acuerdos en los conflictos de los afiliados y beneficiarios con los prestadores de Salud".

En particular, dicha comisión tuvo en consideración que el proyecto de ley otorgaba derechos –como Garantías Explicitas en Salud– que podían ser exigidos a los prestadores y a los aseguradores y cuyo incumplimiento daba lugar a una indemnización de perjuicios; que el AUGE podía incrementar exponencialmente los litigios, produciendo un aumento de la judicialización de los conflictos en el ámbito de la salud; y que la mediación había sido recientemente incorporada en el proyecto de ley sobre Tribunales de Familia[3].

Debemos considerar lo afirmado por el Ministro de Salud ante el Senado: "los conflictos en el sector salud no se agotan en el ambito pecuniario y alcanzan, a menudo, aspectos más personales"[4].

La mediación, según definen tanto el inciso final del artículo 43º de la ley N° 19.996 (en adelante "la ley") como el inciso 2º del artículo 1º del decreto supremo Nº 47 del Ministerio de Salud, del año 2005 que establece el Reglamento de Mediación en Salud (en adelante "el Reglamento"), es:

> "un procedimiento no adversarial, que tiene por objeto propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con la intervención de un mediador, ellas lleguen a la solución extrajudicial de la controversia".

[2] Lagos (2013), p. 8.
[3] Historia de la Ley Nº 19.966 pp. 796 y 797.
[4] *Op. cit.*, p. 797.

En estas páginas analizaremos los principios que inspiran la mediación por daños en salud, sus características y su procedimiento; para concluir con un análisis de constitucionalidad de la misma.

Para nuestra empresa hemos ordenado y sistematizado los distintos artículos de la ley y el reglamento de forma orgánica. Haremos comentarios, interpretaciones y críticas cuando resulte procedente, con el objetivo de permitir una comprensión acabada de esta institución, recurriendo, en lo pertinente, a otros cuerpos normativos y regulatorios que la complementen.

## II. Principios de la mediación por daños en salud

Conforme a lo prescrito por el artículo 49º de la ley en relación con los artículos 4º y 17º, ambos del Reglamento, se entiende que son principios que inspiran la mediación por daños en salud: igualdad, celeridad, voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad y probidad.

Veamos cada uno de ellos.

### *1. Principio de igualdad*

Corresponde al principio por el cual el mediador deberá cerciorarse de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos[5].

El artículo 4º del cuerpo reglamentario señala:

> "Para los efectos de este Reglamento y el procedimiento de mediación establecido en la ley Nº 19.966, se entenderá por: Principio de Igualdad: El mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuere así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio".

A nuestro juicio, el principio de igualdad es del todo relevante en el proceso de mediación, ya que, además de reflejarse en la bilateralidad de los actos de la mediación, tiene importancia desde un aspecto metajurídico o, incluso, sociológico: deja en igual condición al médico y al interesado, quien habitualmente tiene una actitud de subordinación frente al profesional.

Lo anterior se explica debido a que, desde la entrada en vigor de la ley Nº 19.966, se han masificado los reclamos y demandas por daños en salud; no obstante, se mantiene el sesgo social por el cual el ejercicio de la medicina

[5] Esta definición y las próximas de los principios son de nuestra autoría y las hemos propuesto tomando como base el artículo 4º del Reglamento.

es una ciencia compleja y, por ende, de existir un daño en una prestación de carácter asistencial, el médico de nada debe responder[6]. A este respecto señala López-Muñoz:

> "Ya nadie, en esta época, se atreve a predicar la irresponsabilidad del Médico... Hoy resulta perfectamente claro que frente a una conducta profesional médica probablemente culposa o negligente, existen adecuados recursos legales para exigir la reparación, penal, civil o administrativa de las lesiones, daños y/o perjuicios que el paciente haya podido sufrir"[7].

El simple hecho de sentar en la mesa de mediación al médico y al paciente en un plano de igualdad crea un ambiente propicio para un diálogo sincero entre estos y posibilita que puedan explorarse vías de solución del conflicto que, de no existir aquello, se limitaría a explicaciones médicas de carácter técnico que, en muchos casos, no resolvería las dudas de los pacientes.

El principio de igualdad eleva a la víctima a la misma condición social con que históricamente se han tratado a los médicos y, además, se refleja en la bilateralidad de los actos de la mediación.

Así se ve en el artículo 47º inciso 2º de la ley por el cual "Las partes, en cualquier momento de la mediación, podrán expresar su voluntad de no perseverar en el procedimiento...". Como se aprecia, cualquiera de las partes puede darla por terminada manifestando su voluntad de no perserverar en la mediación.

Otra manifestación de este principio se encuentra en el artículo 49º de la ley, por el cual

> "El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, ya sea en forma conjunta o por separado, de lo cual deberá mantener informada a la otra parte".

Es decir, nada impide que el mediador pueda decidir sesionar solo con una de las partes, pero, si así lo hiciera, deberá informar a la otra.

Cabe hacer presente la amplia facultad que tiene el mediador para proponer o adoptar todas las medidas que sean necesarias para que se obten-

[6] Nos dice Gajardo a este respecto: "En el pasado, hubo quienes sostuvieron la irresponsabilidad absoluta del facultativo... la fundaron en el hecho de que la medicina es una ciencia y un arte esencialmente conjetural y, siendo el elemento humano por antonomasia variable en sus reacciones, no se pueden dar reglas absolutas de tratamiento o curación (...) otros autores creen que la irresponsabilidad absoluta del médico se funda en el valor de su diploma (...). Un tercer argumento (...) señaló que sólo el cliente es responsable de la mala atención suministrada por un profesional cuando este ultimo ha sido elegido libremente por el primero, ya que, si se hubiera recurrido a un profesional más docto y preparado, de esa forma no habría tenido que soportar el daño causado". Véase Gajardo (2005), p. 18.

[7] Lopez-Muñoz (1998), p. 18.

ga tal equilibrio. A nuestro juicio, por la forma en que se estructuran la ley y el Reglamento, en caso de que se pierda el equilibrio, el mediador primero deberá proponer a las partes medidas que tiendan a su restablecimiento y solo si estas fracasan, son desestimadas o no son implementadas, el mediador podrá adoptarlas derechamente.

*2. Principio de celeridad*

**C**orresponde al principio por el cual el procedimiento de mediación se impulsará de oficio en todos sus trámites, con excepción de aquellos que corresponden a las partes, debiendo el mediador buscar siempre la forma más expedita de realización de dichos trámites.

Establece el artículo 4º del Reglamento:

> "Principio de Celeridad: El procedimiento de mediación se impulsará de oficio en todos sus trámites, el mediador y los funcionarios públicos que de cualquier modo intervengan en él deberán actuar de propia iniciativa, salvo respecto de las actuaciones que correspondan a las partes, haciendo expeditos los trámites del procedimiento y removiendo todo obstaculo que pudiere afectar su pronta y debida solución".

Este principio se encuentra recogido, además, en el artículo 7º de la ley Nº 19.880.

Un reflejo de este principio se encuentra en el artículo 45º de la ley en relación con el artículo 31º del Reglamento, por el cual la mediación por daños en salud es un procedimiento acotado que tiene una duración máxima de sesenta días corridos, contados a partir del tercer día desde la primera citación al reclamado. Este plazo puede ampliarse hasta los ciento veinte días como máximo, previo acuerdo de las partes.

Otra manifestación de este principio se encuentra en el artículo 46º de la ley, en relación al inciso final del artículo 30º del Reglamento, por medio del cual, el mediador podrá citar a tantas audiencias como estime conveniente para arribar a los fines del proceso de mediación.

*3. Principio de voluntariedad*

**C**orresponde al principio por el cual cualquiera de las partes podrá, en todo momento, expresar su voluntad de no perseverar en el procedimiento.

Dispone el artículo 4º del Reglamento:

> "Principio de Voluntariedad: Cualquiera de las partes podrá, en todo momento, expresar su voluntad de no perseverar en el procedimiento, el que se dará por terminado, dejandose constancia en un acta que deberá ser firmada por las partes y por el mediador".

Este principio consiste en la facultad discrecional de cualquiera de las partes para poner fin al proceso de mediación, manifestando su intención de no perseverar en ella.

Cabe señalar que la mediación por daños en salud será siempre voluntaria para el reclamado cuando este se trate de un prestador de salud privado, ya que según se desprende del inciso 2º del artículo 13º del Reglamento, en tal evento el reclamado puede dejar pasar el plazo de tres días para aceptar a uno de los mediadores propuestos por el reclamante, debiendo entenderse fracasada *ab initio* la mediación, por falta de acuerdo.

Sin perjuicio de lo anterior, iniciado el proceso de mediación, tanto el reclamante como el reclamado, en cualquier momento del proceso, podrán comunicar al mediador su voluntad de no perseverar en la mediación y, en tal caso, el mediador deberá dejar constancia de ello en acta, la que deberá ser firmada por este y por las partes. Sin perjuicio de lo anterior, cuando son varios los reclamantes, los reclamados, o muchos de ambos, manifestada que sea la voluntad de no perseverar por alguno de ellos, solo producirá efectos respecto de este, levantándose acta de ello y continuando con los demás la mediación.

Precisemos que para el reclamante la mediación es voluntaria desde que esta se ha iniciado, toda vez que es obligatorio al menos comenzarla como presupuesto procesal para incoar cualquier demanda posterior por responsabilidad civil de indemnización de perjuicios, sea contractual o extracontractual o por falta de servicios del Estado en contra de los prestadores establecidos en el artículo 43º de la ley.

Finalmente, a juicio nuestro, si bien la ley y el reglamento aluden a "las partes" este principio de voluntariedad no puede extenderse libremente a los prestadores institucionales públicos ni a sus funcionarios, por aplicación del principio de probidad administrativa, reconocido por el artículo 8º de nuestra Constitución Política, lo cual implicaría que no pueden manifestar su voluntad de no perseverar sin expresión de causa, pudiendo hacerlo sólo cuando hubieran prestado colaboración eficaz en torno a la obtención de los fines de la mediación, conforme a lo prescrito por el artículo 18º del Reglamento.

Por ende, si el Estado es responsable por el daño que cause (artículos 6º y 7º de la Constitución, artículo 4º de la ley Nº 18.575 y artículo 38º de la ley Nº 19.966), sus funcionarios, en el correcto desempeño del cargo, no podrían, discrecionalmente, retirarse de un proceso que tiende justamente a desentrañar si existe o no responsabilidad, y de determinarse por las partes su existencia, a su reparación. Una manifestación de ello creemos encontrarla en el propio Reglamento, ya que en el inciso 2º del artículo 15º se dispone:

> "En la mediación desarrollada ante el mediador designado por el Consejo [de Defensa del Estado], en caso de falta de colaboración de parte de algún organismo de la Administración del Estado, centralizada o descen-

> tralizada, o uno de sus funcionarios, tal antecedente será comunicado por el mediador al Consejo, el que deberá poner en conocimiento de la Autoridad correspondiente tal situación a fin de que se tomen las medidas apropiadas para terminar con dicha falta de colaboración".

Así, creemos que un funcionario público o prestador institucional público no puede hacer uso de esta facultad en forma discrecional, pues solo tras haber prestado una colaboración eficaz para que la mediación pueda alcanzar sus fines podrá pensarse en dar por terminado dicho procedimiento no adversarial. Creemos que, en pos de la probidad, deberá buscarse otras formas de terminación distintas a la voluntad de no perseverar (*v. gr.* acuerdos por explicaciones).

*4. Principio de confidencialidad*

**C**orresponde al principio por el cual todas las declaraciones de las partes y las actuaciones de la mediación tendrán el carácter de secretas, salvo las expresamente exceptuadas por la ley.

Dice el artículo 4º del Reglamento:

> "Principio de Confidencialidad: El mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional".

Este principio se encuentra recogido en el artículo 51º de la ley, siendo tan relevante que el Reglamento ha destinado todo el párrafo IV del título II a su regulación. Dicho párrafo se denomina "Del Carácter Secreto de la Mediación", extendiéndose de los artículos 18º al 21º.

Señala el artículo 51º:

> "Para permitir el éxito del procedimiento todas las declaraciones de las partes y las actuaciones de la mediación tendrán carácter de secretas".

Si bien el artículo 4º del Reglamento, al definir el principio en comento, solo hace alusión al mediador, lo cierto es que este deber de reserva se extiende a las partes, sus representantes y terceros que participen en el procedimiento, por disposición expresa del inciso 2º del artículo 51º de la ley, en relación con el artículo 19º y la parte final del artículo 28º, ambos del reglamento.

Así, tendrá carácter de secreto todo aquello que las partes, terceros o el mediador hayan conocido con ocasión del proceso de mediación, sea por intervención directa o indirecta en él.

La finalidad del deber de reserva establecido por la ley y el reglamento es permitir una real colaboración de las partes para con el mediador al momento de aportar información al proceso que pueda servirle a este para el

correcto desempeño de su función[8]. Así, las partes podrán expresarse en un ambiente de total libertad sin miedo a estar bajo el peligro de una confesión que pueda usarse en su contra en el evento de un futuro proceso judicial por los mismos hechos.

Se exceptúan de este deber de secreto los documentos e instrumentos, públicos o privados, que sean acompañados al procedimiento, pudiendo usarse y valorarse en un juicio posterior de conformidad a las reglas generales contenidas en el *Código de Procedimiento Civil* y en el *Código Procesal Penal*. Es decir, los documentos e instrumentos obtenidos por las partes durante el proceso de mediación pueden ser usados en un proceso judicial posterior por las mismas partes sin que exista transgresión alguna del deber de reserva.

Es tan relevante este principio, que el artículo 30° del Reglamento establece un deber al mediador de dar lectura en la primera audiencia al artículo 51° de la ley, aclarando toda duda que se suscite, debiendo dejar constancia en acta[9] e informar acerca del carácter reservado de la mediación a cualquier tercero que se incorpore tras esta primera audiencia[10].

Creemos ver una concordancia con este principio en el artículo 34° del Reglamento en cuanto a la exigencia de que en el acta de acuerdo solo se contenga una descripción suscinta de los hechos y de los términos del acuerdo, ya que armoniza la necesidad de tal breve descripción para la correcta inteligencia de la renuncia de acciones judiciales con el secreto de la mediación[11].

Otra manifestación de ello se encuentra en el artículo 40° del Reglamento en relación con el artículo 39° del mismo cuerpo regulatorio. Los mediadores tienen el deber de informar semestralmente a la Superintendencia de Salud respecto al ejercicio de sus funciones en los procesos de mediación que tuvieran a su cargo. Para ello deben dar cuenta del número de casos en que ha sido requerida su intervención, con indicación de las materias sometidas a mediación, el número de sesiones realizadas en cada caso, así como la duración de cada sesión y de cada proceso de mediación, y el número de mediaciones terminadas con o sin acuerdos (sean totales o parciales) y, en ambos casos, con indicación de las materias tratadas. En el evento de las mediaciones terminadas sin acuerdo, deberá señalarse, además, los motivos de término en cada caso y todo ello siempre velando por el resguardo al secreto y confidencialidad de la mediación.

Cabe hacer presente que el artículo 4° del Reglamento hace extensivo al mediador expresamente el secreto profesional. En virtud de ello, se les podría aplicar a los mediadores lo dispuesto en el artículo 361° N° 1 del *Código de Procedimiento Civil* y, por ende, no podrían ser obligados a declarar como

[8] Art. 18° del Reglamento.

[9] Art 30° inciso 1° Reglamento.

[10] Art 19° inciso Final Reglamento.

[11] Artículo 34° del Reglamento.

testigos en un juicio posterior y quedarán sujetos a las penas que el *Código Penal* impone por la violación de secretos.

Finalmente, la transgresión del deber de reserva será sancionada con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, según lo dispuesto en el artículo 247 del *Código Penal*[12].

### 5. *Principio de imparcialidad*

**C**orresponde al principio por el cual el mediador deberá actuar con objetividad en el proceso de mediación, respetando el principio de probidad y estableciendose los mecanismos que aseguren a las partes tal carácter.

Señala el artículo 4º del Reglamento

> "Principio de Imparcialidad: El mediador debe actuar con objetividad, cuidando de no favorecer o privilegiar a una parte en perjuicio de la otra y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación".

De lo que se trata es que el mediador mantenga siempre un carácter objetivo en la mediación, por el cual ninguna de las partes pueda sentirse desfavorecida en la misma, puesto que, si bien el mediador no tiene poder de decisión alguna y solo actúa como un facilitador del diálogo, sí podría vulnerarse el principio de igualdad antes analizado.

A fin de velar por la debida imparcialidad del mediador, tanto la ley como el reglamento han establecido procedimientos para declarar la inhabilidad del mediador. Así, el inciso 2º del artículo 50º de la ley establece un derecho a las partes para solicitar al Consejo de Defensa del Estado la inhabilidad del mediador designado por este y el nombramiento de otro en el caso de las mediaciones por daños en salud contra prestadores institucionales públicos o sus funcionarios establecidos en el inciso 1º del artículo 43º de la misma ley. En este evento, el Consejo de Defensa del Estado deberá resolver en única audiencia y, a más tardar, dentro de tercero día hábil[13], ello en concordancia con el principio de celeridad.

Según lo dispuesto en el artículo 6º del reglamento, en la audiencia antes referida el Consejo de Defensa del Estado escuchará a las partes que asistan y recibirá los antecedentes que aporten antes de resolver. Nombrado el nuevo mediador, si alguna de las partes no se conformara con la decisión, se entenderá fracasado el procedimiento y se deberá levantar el acta correspondiente[14].

---

[12] Art 51º inciso 3º Ley y 19º inciso 2º Reglamento.

[13] Según lo dispuesto en el artículo 3º del Reglamento son días hábiles los días lunes a viernes con excepción de los festivos.

[14] Artículo 6º Reglamento.

Podría llamar la atención que la ley circunscriba este derecho solo a las mediaciones establecidas en el inciso 1° del artículo 43° (mediaciones contra prestadores institucionales públicos y sus funcionarios) y no lo haga extensivo al inciso 2° (mediaciones contra prestadores privados de salud), pero ello tiene una razón lógica, ya que los mediadores en este último caso son nombrados de común acuerdo por las partes. Sin perjuicio de ello, si durante el transcurso de la mediación los intervinientes advirtieran una inhabilidad del mediador, deberán hacerlo presente a la Superintendencia de Salud y proceder al nombramiento de un nuevo mediador en la forma establecida por el artículo 13° del Reglamento.

En todo caso, y fuera de la inhabilidad que podrían alegar las partes en el caso anterior, el mismo mediador podría considerar que existe una causal que haga menester su inhabilidad para conocer de la mediación. Ello está regulado en el artículo 7° del Reglamento que dispone:

> "Si el mediador considera que existen hechos o circunstancias graves que lo inhabilitan para intervenir en el asunto, tales como interés económico, animosidad, parentesco o amistad con alguna de las personas involucradas directa o indirectamente en los hechos que motivaron el reclamo, deberá declararlo de oficio y comunicarlo al Consejo, procediéndose a designar un nuevo mediador".

Continúa el inciso 2° señalando:

> "si el mediador no considera grave la causal, expondrá la situación a las partes y, si ninguna de éstas se opone, proseguirá el procedimiento ante él. En caso contrario, se designará otro mediador."

Cabe hacer presente que, a nuestro juicio, las causales establecidas en el artículo 7° del Reglamento (interés económico, animosidad, parentesco o amistad) son meramente ejemplares y no podrían considerarse como taxativas, dado que el artículo utiliza la frase "tales como". Del mismo modo, sirven para ilustrar la inhabilidad que pueden alegar las partes, a pesar de que el artículo 6° no haga alusión a ellas. Finalmente, creemos que, por aplicación de los principios *a fortiori* y *ubi edem ratio, ibi edem ius* son aplicables como causales de inhabilidad de los mediadores las de implicancia y recusación de los juces de los artículos 195° y 196° del *Código Orgánico de Tribunales.*

En los casos en que el nombramiento del mediador sea de cargo del Consejo de Defensa del Estado, este deberá velar por la imparcialidad de los nombramientos, como reza el inciso final del artículo 5° del Reglamento.

### *6. Principio de probidad*

**C**orresponde al principio por el cual el mediador debe observar una conducta intachable y desarrollar un desempeño honesto y leal de su función.

Señala el artículo 4º del Reglamento:

> "Principio de Probidad: Consiste en observar una conducta intachable y desarrollar un desempeño honesto y leal de la función de mediador, con preeminencia del interés de las partes y de la sociedad por sobre el particular"

Dicho principio ha sido establecido en idéntico sentido que la ley Nº 18.575, en su artículo 52° inciso 2º y, por ende, tiene relación con la preeminencia del interés general por sobre el particular del mediador, manteniendo en todo momento una actitud honrada, toda vez que, de lo contrario, "ello resultaría contradictorio con el bien común y la misma idea de democracia"[15].

Respecto a este principio señala Ojalvo:

> "no resulta dable describir en la ley todas las posibles conductas que atentan en contra de la probidad, por lo que en la discusión legislativa de ella se estimó pertinente que esta se mantuviera a nivel de principio, por sobre las normas legales que prohiben las conductas impropias más evidentes. La diversidad y complejidad de conductas en que pueden incurrir los funcionarios, podrían implicar una infracción al principio referido. Por lo tanto, en situaciones dudosas, el verdadero sentido y alcance de los pasajes oscuros de una norma administrativa deberá entenderse del modo que más conforme parezca al debido respecto al principio de probidad"[16].

Así, son múltiples las faltas a la probidad en las cuales el mediador o los prestadores institucionales públicos pueden cometer. Por dar algunos ejemplos atingentes, habrá falta a la probidad cuando el mediador acreditado ante la Superintendencia de Salud alargue inecesariamente la mediación a fin de que las partes se vean en necesidad de prorrogarla y con ello obtener honorarios adicionales (la resolución N° 1.215 de la Superintendencia de Salud establece un honorario adicional de $71.000 en caso de prorroga del plazo), cuando pierda la imparcialidad necesaria (artículo 50º de la ley), cuando exista falta de colaboración por parte de algún organismo de la Administración del Estado –incluimos en ello a los prestadores institucionales públicos– en los terminos del artículo 50º de la ley y 15º inciso 2º del reglamento.

Fuera de estos principios expresamente regulados por la ley y el Reglamento, creemos advertir también los principios de protocolización y de control. Digamos algo respecto a ellos.

[15] Rajevic (2009), p. 163.
[16] Ojalvo (2006), p. 219.

*7. Principio de protocolización*

De diversas disposiciones de la ley y el reglamento podemos concluir que existe la necesidad de protocolizar ciertas actuaciones orales que pueden ocurrir durante el proceso de mediación, sea levantando acta de ellos, dejando constancia de los mismos o certificando dichos actos.

Así, por ejemplo, si cualquiera de las partes manifiesta su voluntad de no perseverar en la mediación los artículos 47º inciso 2º y 3º del Reglamento establecen que deberá lavantarse un acta firmada por las partes y por el mediador, y en caso de que alguna de las partes no quiera o no pueda firmar, el mediador deberá dejar constancia de ello, haciendo las veces de ministro de fe.

Otra manifestación la encontramos en caso de que el procedimiento termine por acuerdo (artículos 53º de la ley y 34º del Reglamento) o por vencimiento del plazo de la mediación (artículos 45º de la ley y 32º del Reglamento), caso en el cual se levantará un acta firmada por el mediador y por las partes.

Además, se refleja dicho principio en lo prevenido por el artículo 47º de la ley en relación con el artículo 30º del Reglamento, por cuanto en la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes acerca de los objetivos y naturaleza de la mediación, su duración, etapas, el carácter voluntario de los acuerdos, su valor jurídico y del deber de reserva, de todo lo cual debe dejar constancia en la respectiva acta de mediación.

Otro caso se da en el evento de no existir acuerdo en el nombramiento de alguno de los mediadores propuestos por el reclamante en una mediación contra prestadores privados, dándose por fracasada la mediación, lo cual deberá ser certificado por la Superintendencia de Salud (artículo 13º inciso 2º del Reglamento).

Finalmente, por solicitud de cualquier parte, el mediador debe dejar constancia de las fechas de inicio y término de la mediación. Recordemos que, respetando el deber de reserva, los hechos que se consignen deben describirse en forma somera.

*8. Principio de control*

Tal principio se aprecia desde dos puntos de vista: el control de los acuerdos y el control a los mediadores. A fin de no redundar, el control de los acuerdos lo veremos a propósito de la aprobación de los acuerdos cuando estudiemos el procedimiento de mediación.

En cuanto al control de la mediación, el título IV del Reglamento establece diversos controles e, incluso, un procedimiento de imposición de sanciones a los mediadores.

Según el artículo 37º del Reglamento, el Consejo de Defensa del Estado controlará a los mediadores que sean funcionarios públicos, mediante

la aplicación de normas y procedimiento de control de gestión internos que se encuentren vigentes[17].

Respecto de los demás mediadores (designados por el Consejo pertenecientes al registro de la Superintendencia, de una persona que no sea funcionaria pública ni se encuentre registrado en la Superintendencia y de aquellos mediadores privados acreditados ante la Superintendencia y sujetos a registro), el control lo ejercerá la Superintendencia de Salud de acuerdo con las normas de los artículos 38º a 57º del Reglamento.

## III. Características de la mediación por daños en salud

De la propia definición de la mediación por daños en salud, así como de la ley Nº 19.966 y del Reglamento, reconocemos como características de esta la no adversariedad, comunicación directa de las partes, colaboración de las partes, intervención de un mediador, brevedad, efecto suspensivo de la prescripción, informalidad, confidencialidad, necesariedad y finalidad (solución extrajudicial de la controversia).

### *1. No adversariedad*

De la propia definición de la mediación contenida en el inciso 3º del artículo 43º en relación con el inciso 2º del artículo 1º del Reglamento se colige que la mediación es un procedimiento no adversarial. Ello implica que la mediación no es un juicio lo cual se refleja a lo menos en que:

- Las partes no tienen necesidad, ni obligación alguna de probar sus reclamos o explicaciones ante el mediador, sin perjuicio de lo cual, el propio carácter colaborativo de esta implica que los intervinientes aporten toda la información necesaria para la correcta conclusión de la mediación.
- El mediador no tiene facultades resolutivas. No es juez ni arbitro en el proceso y, por ende, su labor es la de canalizar la conversación directa de las partes y propender al arribo de una solución extrajudicial al conflicto. De hecho, el propio artículo 14º del Reglamento establece el papel del mediador, quien

[17] El artículo 55º de la ley hace mención de un reglamento dictado conjuntamente por los Ministerios de Hacienda y de Salud que, entre otros aspectos, regule los mecanismos de control. Creemos que dicho reglamento es el idóneo para establecer dichas normas y procedimientos de control para los mediadores funcionarios públicos. Sin embargo, desconocemos, si dicho reglamento se ha dictado o si por el contrario, tales normas y procedimientos los ha establecido directamente el Consejo de Defensa del Estado vía resoluciones administrativas.

"deberá ayudar a las partes a lograr por sí mismas la solución de su controversia, sin perjuicio de proponer bases para un acuerdo, cuando lo estime pertinente".

En el mismo sentido, el artículo 49º inciso 2º de la ley dispone:

"el mediador deberá ayudar a las partes a llegar por sí mismas a la solución de su controversia, sin perjuicio de proponer bases para un acuerdo, en caso de ser necesario. Para ello procurará tomar contacto personal con las partes, podrá efectuar visitas al lugar donde ocurrieron los hechos, requerir de las partes o de terceros los antecedentes que estime necesarios y, a menos que cualquiera de las partes se oponga, solicitar informes técnicos a expertos sobre la materia de la mediación, cuyo costo será de cargo de las partes".

A este respecto señala Gutiérrez que el fin de la mediación

"es más bien lograr solucionar un conflicto extrajudicialmente, a través de un conjunto de prerrogativas que le concede la ley, sin contar con las atribuciones de que goza un juez (imperio, por ejemplo), y sin que por ello se estime que está cumplimiendo un rol de tutela de los derechos vulnerados de alguna de las partes, materia que queda a exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia"[18].

– Las partes pueden en cualquier momento de la mediación manifestar su voluntad de no perseverar en esta.

*2. Comunicación directa de las partes*

La mediación por daños en salud insta a una comunicación directa de las partes, lo cual se desprende de su propia definición y ello tiene relación con los principios de igualdad y con la no controversialidad del procedimiento.

El papel del mediador va encaminado a que las partes lleguen por sí mismas a la solución de su controversia y, para ello, es necesario que exista una comunicación directa entre ellas. Con la finalidad de que tal comunicación se logre, la ley ha establecido el carácter de secreto de la mediación.

*3. Colaboración de las partes*

Con el propósito de arribar a un acuerdo, las partes deben colaborar para que la mediación se desarrolle en forma propicia a dicho fin. El inciso 1º del artículo 18º del Reglamento establece:

[18] Gutiérrez (2008), p. 132.

> "las partes deberán colaborar para el éxito de la mediación y, en especial, aportar toda la información necesaria para que el mediador pueda desempeñar adecuadamente su función".

A falta de colaboración por algún órgano de la administración del Estado o de sus funcionarios, el artículo 15° inciso 2° del Reglamento establece un deber del mediador de comunicar tal antecedente al Consejo de Defensa del Estado, quien, a su vez, tendrá el deber de dar a conocer dicha falta de colaboración a la autoridad correspondiente a fin de que esta tome las medidas necesarias para ponerle remedio.

*4. Intervención de un mediador*

El mediador "es la persona o personas designadas por el Consejo de Defensa del Estado, o por las partes en su caso, para efectuar la mediación"[19]. Este mediador, como se ha dicho, tiene por finalidad acercar a las partes para que, a través de una comunicación directa, arriben a una solución extrajudicial a la controversia, sin perjuicio de las facultades que la ley y el Reglamento les confiere.

El mediador hace, a su vez, de ministro de fe respecto a las mediaciones que terminen por vencimiento del plazo, según lo dispuesto en el artículo 32° del Reglamento y en el artículo 45° de la ley.

Para ser nombrado mediador habrá que distinguir según se trate de un mediador designado por el Consejo de Defensa del Estado o nombrado de común acuerdo por las partes. Podrán ser mediadores respecto de las mediaciones en contra de un prestador institucional público o sus funcionarios (inciso 1° del artículo 43 de la ley) un funcionario del propio Consejo de Defensa del Estado, otro funcionario público en comisión de servicios cumpliéndose lo preceptuado por la ley N° 18.834[20] o cualquier otra persona inscrita en el Registro de Mediadores que lleva la Superintendencia de Salud. Excepcionalmente, en caso de que en la localidad correspondiente no exista un mediador acreditado, se podrá nombrar a otra persona que reúna los requisitos para serlo. El nombramiento se hará por resolución exenta, según lo dispone el artículo 5° del Reglamento.

En el caso de las mediaciones iniciadas en contra de prestadores privados (inciso 2° del artículo 43 de la ley), el mediador será nombrado por acuerdo de las partes, a propuesta del reclamante y aceptación del reclamado, según lo dispuesto en el artículo 13° del Reglamento. Para ello, debe

[19] Artículo 3° del Reglamento.

[20] Véanse artículos 67 a 72 de la ley N° 18.834 que Aprueba el Estatuto Administrativo. Dichos artículos corresponden al párrafo III del título III denominado "De las Destinaciones, Comisiones de Servicio y Cometidos Funcionarios".

cumplir con los requisitos de los artículos 9º, 10º y 11º del Reglamento en relación con el artículo 54º de la ley, esto es: encontrarse acreditado en el Registro de Mediadores que lleva la Superintendencia de Salud, para lo cual deberá tener un título profesional de una carrera de a lo menos diez semestres de duración otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por este; tener al menos cinco años de experiencia laboral y no haber sido condenado o formalizado por delito que merezca pena aflictiva.

El papel fundamental del mediador, recordemos, según dispone el artículo 14º del Reglamento consiste en "ayudar a las partes a lograr por sí mismas la solución de su controversia". Por ello parece acertado lo que señala Ruiz:

> "otra característica esencial de la mediación es la no obligatoriedad del acuerdo, el mediador carece de imperium del que gozan los tribunales de justicia para hacer cumplir sus resoluciones"[21].

*5. Brevedad*

**C**omo hemos señalado a propósito del principio de celeridad, la mediación es un procedimiento acotado en el tiempo teniendo una duración máxima de sesenta días corridos contados a partir del tercer día desde la primera citación al reclamado. Tal plazo puede ampliarse hasta los ciento veinte días, como máximo, previo acuerdo de las partes. Todo ello de conformidad a lo prescrito en los artículos 45º de la Ley y 31º del Reglamento.

*6. Efecto suspensivo de la prescripción*

Señala el inciso final del artículo 45° en consonancia con el inciso 2° del artículo 31° del Reglamento que

> "durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiere lugar".

La interrogante consiste en determinar si la prescripción se suspende con la sola interposición del reclamo ante el órgano competente o si ella operará con la notificación de la citación personal o por carta certificada a las partes. Como no se trata de la interrupción de la prescripción, no podríamos afirmar, con seguridad, que ella opera desde la notificación de la citación, haciendo un símil con el artículo 2518º del *Código Civil*. Creemos que, por protección

[21] Ruíz (2003), p. 155.

del más débil, en este caso, del interesado, la suspensión debería comenzar a operar desde la fecha de la presentación del reclamo, pues, desde tal momento, el impulso para citar a las partes lo tiene un órgano del Estado, y siendo la prescripción una sanción a la inactividad, ella no podría seguir corriendo cuando la parte ya ha actuado.

Finalmente, cabe señalar que, en concordancia con lo establecido por el artículo 2509 del *Código Civil*, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo de prescripción de las acciones, el cual se seguirá contando una vez que termine el proceso de mediación.

*7. Informalidad*

A pesar de que el Reglamento en su artículo 15° hable de informalidad, creemos que es más correcto hablar de un procedimiento *desformalizado*, pues no se trata de que no haya ningún tipo de reglamentación del procedimiento, que de hecho lo hay, sino de la existencia de una mayor laxitud en él para establecer todas las audiencias que sean necesarias para la debida conclusión de la mediación, así como de la facultad del mediador de sesionar con todas las partes, o algunas de ellas, informando a las demás, y de la posibilidad de efectuar visitas al lugar de ocurrencia de los hechos, o de requerir antecedentes a las partes o terceros, proponer bases de acuerdo cuando lo estime necesario y de solicitar informes técnicos, a costa de las partes, cuando ninguna de ellas se oponga a tal solicitud.

*8. Confidencialidad*

Para no redundar en lo ya dicho con ocasión del principio de confidencialidad, debemos tener presente que tienen deber de reserva todos los intervinientes en el proceso de mediación (mediador, partes y terceros) respecto de todo lo que han conocido con ocasión del proceso de mediación, de las declaraciones formuladas y de las actuaciones de la mediación, ello con la finalidad de asegurar la colaboración de las partes y la comunicación directa y eficaz de las mismas. Cabe recordar que los documentos e instrumentos públicos y privados acompañados al proceso no quedan afectos al secreto, pudiendo usarse y valorarse según las reglas generales. Recordemos que la violación de tal deber se sancionará según lo prescrito en el artículo 247 del *Código Penal*.

*9. Necesariedad*

La mediación por daños en salud es necesaria como requisito previo para impetrar cualquier acción que busque la reparación de los daños causados con ocasión de una prestación de carácter asistencial, dirigida contra un prestador institucional público de salud que forme las redes asistenciales definidas

por el artículo 16 bis del DL 2.763 de 1979, sus funcionarios o contra un prestador privado de salud. Ello se desprende del artículo 43° de la ley. Por ende, debemos concluir que la mediación será un requisito de procesabilidad de las acciones civiles indemnizatorias que pretendan hacer efectiva la responsabilidad de alguno de dichos prestadores sea esta contractual, extracontractual o por falta de servicios del Estado, intentadas en sede civil o penal, no siéndolo respecto de las acciones cuya finalidad sea la imposición de una pena o de aquellas que busquen una reparación por los daños sufridos como consecuencia de una prestación asistencial por un prestador distinto a los señalados o por una causa distinta al daño sufrido en una prestación de carácter asistencial.

### *10. Finalidad (solución extrajudicial de la controversia)*

De la propia definición de la mediación se entiende que la finalidad de la misma es la solución extrajudicial de la controversia. Para ello, el mediador tiene como papel esencial el ayudar a las partes a lograr por sí mismas la solución del conflicto, pudiendo proponer bases de acuerdos cuando lo estime pertinente.

Si las partes logran establecer un acuerdo que dirima la controversia entre ellas, se levantará un acta que producirá los mismos efectos que una transacción. De todo ello hablaremos más adelante.

Señalamos, por el momento, que en el estudio de "Mediación y desjudiacilación en el Consejo de Defensa del Estado", disponible en la página web del Consejo de Defensa del Estado, se aprecia con claridad que entre los años 2005 y 2010:

> "Del total de 4.326 mediaciones terminadas en el período de estudio, 731 reclamantes alcanzaron acuerdo en mediación (renunciando a las acciones jurisdiccionales de carácter civil) y 3.595 no lograron acuerdo. De estos 3.595 reclamantes que no llegaron a acuerdo, 386 (10,7%) han ejercido acciones jurisdiccionales de carácter civil. Ello implica que, de un total de 4.326 reclamantes, 3.940 personas (731 con acuerdo + 3.209 sin él) no han actuado judicialmente en contra del Fisco, servicios de salud, hospitales, establecimientos autogestionados, consultorios municipales y/o sus funcionarios"[22].

Otro dato que llama la atención es que:

> "A nivel nacional, el 58% de las reparaciones alcanzadas por las partes en mediación (422 casos), no implicó el pago de dinero, habiendo re-

[22] Lagos (2011), p. 8.

nunciado los reclamantes a las acciones legales, aceptando las disculpas, las explicaciones y/o prestaciones asistenciales dadas u ofrecidas por la parte reclamada.

Esto significa, que, del total de mediaciones terminadas con acuerdo, solo en 309 casos (lo que equivale al 42%) se pagó una indemnización de perjuicios"[23].

## IV. Procedimiento no adversarial de mediación por daños en salud

El procedimiento de mediación por daños en salud se encuentra establecido en el título III del Reglamento, justamente denominado "Del procedimiento de mediación". Para efectos de su estudio dividiremos el procedimiento en diversas etapas claramente reconocibles: Presentación del reclamo, examen de admisibilidad, designación del mediador, citación a las partes, audiencias o sesiones de mediación y terminación de la mediación. Por tratarse de procedimientos casi idénticos, salvo pequeñas excepciones en el caso de las mediaciones respecto a prestadores privados, trataremos ambos tipos de mediaciones conjuntamente, haciendo las salvedades que sean necesarias.

### *1. Presentación del reclamo*

El procedimiento de mediación comenzará siempre por la presentación de un reclamo del interesado[24] o su representante ante alguna de las instituciones competentes para conocer del mismo, según lo dispuesto en el artículo 43° de la ley en relación con los artículos 2° y 22° del Reglamento.

Serán competentes para conocer del reclamo, según se trate un prestador institucional público o sus funcionarios, o un prestador privado, el Consejo de Defensa del Estado o un mediador acreditado ante la Superintendencia de Salud, respectivamente.

Dispone el artículo 43° inciso 1°:

> "el ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que conforman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N° 2.723, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado (...)".

[23] *Op. cit.*, p. 17.

[24] Se entiende por interesado a "toda persona que pretenda haber sufrido perjuicios con ocasión del otorgamiento de prestaciones asistenciales de salud por parte de un prestador institucional público o de sus funcionarios, o de un prestador privado", según lo dispone el artículo 3° del Reglamento.

Continúa el inciso 2º señalando:

> "En el caso de los prestadores privados, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante los mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud (...)".

Así, lo primero que deberá dilucidarse antes de interponer un reclamo por daños en salud será determinar cuándo se está en presencia de un prestador institucional público o de un prestador institucional privado.

Señala el Reglamento, en su artículo 3°, que prestador institucional público es

> "el establecimiento asistencial público que integre las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley Nº 2.723, de 1979 y que de cualquier de cualquier modo intervino en los hechos que motivan el reclamo del interesado. Salvo en el caso de los Establecimientos de Autogestión en Red, tratándose de establecimientos sin personalidad jurídica, será parte el Servicio Público a que este perteneciere (...)".

Por ende, para ser un prestador institucional público se requiere, copulativamente, que:

a) se trate de un establecimiento asistencial público y
b) que forme parte de las redes asistenciales definidas por el artículo 16° bis del DL 2.76, de 1979[25].

A su vez, son prestadores privados según la misma disposición

> "Los regulados por el Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, decreto supremo N°161, de 1982, del Ministerio de Salud[26]; y los prestadores individuales reconocidos por el artículo 112 del Código Sanitario"[27].

[25] Ella establece: "La Red Asistencial de cada servicio de salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenio con el Servicio de Salud respectivo, conforme al artículo 2° de esta ley, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población".

[26] Cabe tener presente el artículo 1° de dicho cuerpo normativo, el cual dispone: "El presente reglamento se aplicará a todos los hospitales, clínicas y demás establecimientos de salud en que se preste atención cerrada para ejecutar fundamentalmente acciones de recuperación y rehabilitación a personas enfermas".

[27] Artículo 112° "Solo podrán desempeñar actividades propias de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud, quienes poseen el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado y estén habilitados legalmente para el ejercicio de sus profesiones.

Asimismo, podrán ejercer profesiones auxiliares de las referidas en el inciso anterior quienes cuenten con autorización del Director General de Salud. Un reglamento determinará las profesiones auxiliares y la forma y condiciones en que se concederá dicha autorización,

Dicho lo anterior, cabe analizar el reclamo propiamente tal.

El reclamo deberá contener, a lo menos: el nombre completo; cedula de identidad; edad; profesión u oficio y domicilio del reclamante y de sus representantes legales, si fuere necesaria su actuación; el motivo del reclamo, individualizando al prestador y peticiones concretas en contra del prestador, si fuere posible. Se permite, además, acompañar los antecedentes que fueren convenientes.

Algunos comentarios:

- Como vemos, las indicaciones anteriores contenidas en el artículo 22º del Reglamento son mínimas. En la práctica y, sobre todo, respecto a los reclamos que se presenten ante el Consejo de Defensa del Estado, se deberá contener, además, la fecha de nacimiento del reclamante, su nacionalidad, su teléfono y correo electrónico, así como de sus representantes legales.
- El reglamento no hace exigencias específicas para indivudualizar al reclamado (se refiere simplemente al "motivo del reclamo, individualizando al prestador"), sin perjuicio de lo cual los formuarios del Consejo de Defensa del Estado y de la Superintendencia de Salud contienen exigencias mínimas como el nombre del establecimiento reclamado, el tipo de establecimiento y el nombre y especialidad del funcionario. A nuestro juicio, a falta de exigencias contenidas en la ley o en el Reglamento debe interpretarse como exigencias del reclamado aquellas exigidas para el demandado del artículo 254º Nº 3 del *Código de Procedimiento Civil*.
- A nuestro juicio y, a pesar de que la ley o el Reglamento no lo digan, los reclamos deben dirigirse al presidente del Consejo de Defensa del Estado o al Superintendente de Salud, según sea el caso, por tratarse de los jefes superiores del servicio, cuando estos se presenten por escrito y no por medio de los formularios que los propios organismos poseen.
- A pesar de que el artículo 22º del Reglamento no lo señale, y, pese al plazo de tres días, establecido en el inciso 2º del artículo 13º del Reglamento, en el caso de los reclamos en contra de prestadores privados, es aconsejable en el mismo reclamo incorporar, en orden de prelación, un listado de hasta cinco mediadores inscritos en el ante la Superintendencia de Salud.

---

la que será permanente, a menos que el Director General de Salud, por resolución fundada, disponga su cancelación.

No obstante lo dispuesto en el inciso primero, con la autorización del Director General de Salud podrán desempeñarse como médicos, dentistas, químico-farmacéuticos o matronas en barcos, islas o lugares apartados, aquellas personas que acreditaren título profesional otorgado en el extranjero".

En el caso de los reclamos contra prestadores institucionales públicos o sus funcionarios, señala el artículo 23° del Reglamento en relación con el inciso 1° del artículo 44° de la jey, que:

> "Las reclamaciones deberán interponerse ante cualquier oficina del Consejo de Defensa del Estado que, mediante resolución interna, establecerá sistemas expeditos para su presentación y recepción. Sin perjuicio de lo anterior, mediante convenios de colaboración o encomendamientos de funciones que conforme a la ley puedan acordarse con otros servicios públicos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, se podrán habilitar oficinas o mecanismos para recibir dichas reclamaciones".

Por otro lado, en caso de los reclamos contra prestadores institucionales privados señala, el artículo 24° del Reglamento en relación con el inciso 2° del artículo 44 de la ley que: "Las reclamaciones deberán interponerse directamente ante la Superintendencia de Salud". Continúa el mismo artículo estableciendo la posibilidad de interponerlo ante otros organismos públicos, en el mismo sentido del artículo 23°, antes visto.

*2. Examen de admisibilidad*

Este se encuentra contenido en el artículo 25° del Reglamento, el cual dispone:

> "Previamente a la designación del mediador, el Consejo o la Superintendencia en su caso, examinará si el reclamo recibido corresponde al ambito de la mediación, pudiendo requerir al reclamante para que complete, aclare o enmiende los datos o antecedentes que fueren necesarios".

Continúa en su inciso 2° estableciendo:

> "Si el reclamo notoriamente no corresponde al ámbito propio de la mediación, no se admitirá a tramitación y el Consejo o la Superintendencia en su caso, declarará inadmisible mediante resolución fundada, la que se notificará al interesado, quien podrá pedir reposición dentro de quinto día hábil".

Como podemos apreciar, tanto el Consejo de Defensa del Estado como la Superintendencia de Salud se encuentran facultados para realizar exámenes previos de admisibilidad de los reclamos que se les presenten. A nuestro juicio, estos exámenes pueden clasificarse en exámenes formales y examenes sustanciales.

- Exámenes formales de admisibilidad: son aquellos a que hace alusión el inciso 1° del artículo 25° del Reglamento y que facultan al Consejo de Defensa del Estado o a la Superintendencia de Salud para requerir del reclamante la corrección, complementación o aclaración de ciertos

datos contenidos en el reclamo antes de realizar un examen sustancial del reclamo.

- Exámenes sustanciales de admisibilidad: son aquellos a que hace alusión el inciso 2º del artículo 25º del Reglamento y que facultan al Consejo de Defensa del Estado o a la Superintendencia de Salud para declarar inadmisible, por resolución fundada, un reclamo interpuesto ante alguno de estos organismos, no dando curso al reclamo y ordenando su archivo. Frente a esta resolución procede el recurso de reposición administrativa dentro de quinto día hábil. Algunos comentarios a este respecto:
  - Pese a que el Reglamento nada diga por aplicación de los artículos 46º y 59º de la ley Nº 19.880, se entiende que el plazo de cinco días hábiles para interponer recurso de reposición establecidos en el reglamento comenzarán a correr una vez se haya notificado al reclamante por carta certificada o personalmente.
  - Si bien el Reglamento no hace mención alguna, procede frente al rechazo del recurso de reposición el recurso jerárquico establecido en el artículo 59º de la ley Nº 19.880 y el recurso extraordinario de revisión del artículo 60º del mismo cuerpo normativo.
  - Frente a la Superintendencia de Salud no serán admisibles los reclamos dirigidos en contra de los prestadores establecidos en el inciso 1º del artículo 43 de la ley.
  - Ante el Consejo de Defensa del Estado no serán admisibles los reclamos dirigidos en contra de los prestadores establecidos en el inciso 2º del artículo 43 de la ley.
  - A pesar de tratarse de prestadores institucionales públicos, no son admisibles ante el Consejo de Defensa del Estado los reclamos dirigidos contra el hospital clínico de la Universidad de Chile, ni los hospitales institucionales (hospital de Carabineros, hospital de la Fuerza Aérea de Chile, Hospital Militar, Hospital Naval, hospital de Gendarmería, entre otros), ya que estos no forman parte de la red asistencial a que hace alusión el artículo 43º inciso 1º de la ley, salvo en el caso excepcional de que actúen bajo convenio con el respectivo Servicio de Salud; tampoco son admisibles los reclamos contra los consultorios dependientes de una corporación municipal (no así cuando dependen directamente de la municipalidad) por cuanto, pese a su función pública, son entes privados.
  - Son inadmisibles los reclamos cuya materia no sea los daños en salud, tales como negativas a conceder licencias médicas, pensiones de invalidez, coberturas de prestaciones médicas, entre otras. Así lo establece el inciso 1º del artículo 2º del Reglamento al señalar:

"sólo serán susceptibles de mediación los reclamos deducidos por los interesados en contra de los prestadores públicos de salud o sus funciona-

rios o de prestadores privados, cuando ellos se funden en haber sufrido daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial".

– Del mismo modo, son inadmisibles los reclamos dirigidos contra instituciones que no son prestadoras de salud (aun cuando digan relación en algún aspecto con ésta) como el Fondo Nacional de Salud (FONASA), Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN), Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO), Instituto de Previsión Social (IPS) ex Instituto de Normalización Previsional (INP), Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), Instituto de Salud Pública (ISP), por sus decisiones de carácter administrativo[28].

### *3. Designación del mediador*

Algo hemos dicho al analizar la intervención del mediador como característica de la mediación por daños en salud. Para no volver sobre lo mismo, cabe recordar que, según se trate de una mediación en contra de prestadores públicos o privados, la designación del mediador la hará el propio Consejo de Defensa del Estado o las partes de común acuerdo.

Precisemos, en este último caso, que, cuando el reclamo se dirija contra prestadores privados, el artículo 13º establece la forma de proceder para su nombramiento. Señala tal disposición que una vez ingresado el reclamo se pondrá a disposición de las partes la nómina de los mediadores acreditados ante la Superintendencia de Salud, a objeto de que lleguen a acuerdo en el nombramiento de uno de ellos.

A fin de procederse al nombramiento, el interesado deberá proponerle al reclamado un listado de hasta un máximo de cinco de los mediadores de aquellos que figuran en la nómina. Este listado deberá hacerse en orden de prelación y dentro de los tres días hábiles siguientes a la interposición del reclamo.

Dentro de igual plazo el reclamado deberá escoger a uno de los mediadores propuestos. De lo contrario, se entenderá fracasada la mediación por falta de acuerdo.

De lo dicho hasta ahora tenemos dos comentarios:

– No se entiende la necesidad de que los mediadores sean enlistados en orden de prelación por el interesado, toda vez que, en caso de inhabilidad del mediador, deberá procederse a su reemplazo atendiendo al mismo procedimiento de nombramiento. Creemos que dicha exi-

[28] Esta información ha sido tomada de la página web del Consejo de Defensa del Estado. Disponible en www.cde.cl/mediacion/

gencia se establece para el caso de reasignación temporal o definitiva del mediador del artículo 8º del Reglamento, el cual no establece la forma de proceder a su reasignación[29].

– El artículo no es claro en cuanto a la sanción al interesado en el evento de no proponerle mediadores al reclamado dentro del plazo de tres días desde el ingreso del reclamo. La única sanción que se establece en el artículo es la terminación por no acuerdo de la mediación, señalando, en su parte final: "De lo contrario, se entenderá fracasada la mediación por falta de acuerdo entre las partes, lo que será certificado por la Superintendencia". Sin perjuicio, creemos que tal sanción se establece únicamente en el evento que el reclamado no acepte ninguno de los nombres propuestos por el reclamante. Por ende, en caso de que el interesado no proponga los nombres de eventuales mediadores al reclamando en la forma y dentro del plazo establecido por el artículo, se deberá aplicar el artículo 25º del Reglamento y requerir al reclamante para que lo haga. De otra forma, dicha sanción se erigiría como la forma perfecta de soslayar la mediación y conseguir rápidamente, sin haberse juntado las partes tan solo una vez, un certificado de mediación frustrada que desnaturalizaría la institución y no cumpliría con la idea de la desjudicialización de estas causas.

Como señalamos, en los casos en que el nombramiento del mediador sea de cargo del Consejo de Defensa del Estado, este deberá velar por la imparcialidad en las designaciones y ponderar la carga de trabajo encomendada a cada uno de los meditadores, a la luz de lo dispuesto por el artículo 5º inciso final del Reglamento.

Finalmente, cabe precisar que, a diferencia de las mediaciones ante el Consejo de Defensa de Estado, las mediaciones contra prestadores privados no son gratuitas[30], fijándose por la Superintendencia de Salud el arancel respectivo de los mediadores de conformidad con el título V del Reglamento[31].

[29] Artículo 8º.- "Reasignación de mediador. Si por razones de fuerza mayor, caso fortuito o situación de salud, el mediador se viera impedido de continuar a cargo del procedimiento por más de 10 días hábiles, a solicitud de las partes o del propio mediador se procederá a la reasignación temporal o definitiva del asunto dentro de cinco días hábiles siguientes".

[30] En los casos en que el mediador no sea funcionario público y sea designado como tal por el Consejo de Defensa del Estado, sus honorarios se pactarán entre él y el Consejo, no pudiendo exceder del máximo fijando por el arancel.

[31] Los honorarios deberán fijarse de común acuerdo con las partes, sin que pueda excederse del arancel fijado por la Superintendencia de Salud. Tales honorarios serán pagados *a prorrata* por las partes intervinientes en la mediación (artículo 58º del Reglamento). Dicho arancel será determinado anualmente por resolución de la Superintendencia de Salud, el cual deberá ser fijado en un lugar visible de la oficina del mediador (artículo 59º del Reglamento). En relación con ello, la resolución N° 1.215 de la Superintendencia de Salud publicada en el *D.*O el 29 de octubre de 2015, que fija dicho arancel máximo, establece como arancel máximo la suma de $214.000.- en caso que el procedimiento termine dentro de los sesenta días a que se refieren

### *4. Citación a las partes*

Ello se encuentra establecido en el artículo 26º del Reglamento, en relación con el inciso final del artículo 44º de la ley, y con el artículo 16º del Reglamento, en relación con el artículo 46º de la ley Nº 19.880.

Una vez declarada la admisibilidad del reclamo y designado el mediador, se deberá proceder a la citación a las partes a audiencia de mediación, fijándose día, hora y lugar para ello.

La citación deberá hacerse personalmente o por carta certificada dirigida al domicilio que las partes hayan designado en el reclamo, en su primera gestión o por escrito con posterioridad al inicio de la mediación[32].

La citación por carta certificada se entenderá practicada al tercer día hábil siguiente a su recepción en la oficina de correos respectiva.

Por aplicación del artículo 46º de la ley Nº 19.880, la citación personal deberá ser hecha por un empleado del Consejo de Defensa del Estado o de la Superintendencia de Salud. Inclusive, podrán hacerse en la oficina o servicio de la administración.

Ahora bien, y según lo prescrito por el inciso 2º del artículo 26º del Reglamento y por el inciso 3º del artículo 44º de la ley, si el mediador advirtiera que existen otras personas distintas al reclamante y al reclamado que pudieran tener interés el un eventual acuerdo al que se pueda arribar o que su participación en el procedimiento es necesaria y estas no han comparecido o no han sido citadas, entonces se les deberá citar igualmente, aun cuando no comparezcan en el reclamo como reclamantes o reclamados, por ejemplo, el cónyuge o conviviente civil del reclamante, sus ascendientes, descendientes o colaterales.

Frente a esta citación, las partes pueden comparecer o no asistir a la primera audiencia de mediación, si comparecen se seguirá adelante con el proceso de mediación en la forma que referiremos.

En el evento de no comparecer alguna de ellas, prescribe el artículo 29º del Reglamento en relación con el inciso 2º del artículo 46º de la ley, que se les citará por segunda vez, personalmente o por carta certificada; en el evento de una segunda incomparecencia, el procedimiento se entenderá fracasado.

En caso de una segunda incomparecencia a la primera audiencia de mediación, las partes tienen el plazo de tres días hábiles contados desde la fecha de la segunda citación para acompañar antecedentes verosímiles que justifiquen la inasistencia. De determinarse que la incomparecencia ha sido justificada, se citará por tercera vez a audiencia de mediación y, si en esta tercera oportunidad la audiencia no se realiza por la ausencia de cualquiera

los artículos 45º de la ley en relación con el artículo 31º del Reglamento. En caso de prorroga podrá adicionarse la suma de $71.000.

[32] Artículo 27° del Reglamento.

de las partes, entonces la mediación se entenderá fracasada sin establecerse un nuevo derecho a alegar causa justificada.

*5. Audiencias o sesiones de mediación*

Si, citadas las partes, estas comparecen a la primera audiencia de mediación, se dará por iniciado tal el proceso de mediación.

Según el artículo 28º del Reglamento, la comparecencia a las audiencias deberá hacerse en forma personal, sin perjuicio de las actuaciones que les corresponda a sus representantes legales o a sus apoderados con facultad expresa para transigir. Los prestadores institucionales deberán comparecer a través de sus representantes legales o de apoderado debidamente facultado (con facultad expresa para transigir). Finalmente, cualquiera de las partes puede hacerse acompañar por terceros, bajo deber de reserva.

En la primera audiencia que se celebre, de conformidad con el artículo 47º de la ley en relación con el artículo 30º del Reglamento, el mediador deberá informar a las partes acerca de:

- La naturaleza y objetivos de la mediación: como ya hemos visto, ello corresponderá a informar acerca del carácter no adversarial de la mediación, del papel del mediador, la necesidad de la colaboración de las partes y la búsqueda de soluciones extrajudiciales del conflicto.
- Duración: hemos señalado que la duración de la mediación será de sesenta días corridos, prorrogables por otros sesenta días, previo acuerdo de las partes. Nada impide que la prorroga se haga en el mismo momento de informar acerca de tal posibilidad.
- Etapas de mediación: el mediador informará acerca del carácter desformalizado de la misma y de la forma de citar y fijar nuevas audiencias de mediación.
- Carácter voluntario de los acuerdos: los acuerdos que se adopten serán de la naturaleza y forma que las propias partes acuerden.
- Confidencialidad y secreto: a este respecto el mediador deberá informar acerca del deber de reserva, así como de las sanciones por la violación de dicho deber, dando lectura al artículo 51º de la ley.
- Valor jurídico de los acuerdos: los cuales surtirán efectos de un contrato de transacción, según el artículo 34º del Reglamento.

De todo ello el mediador deberá aclarar las dudas que se susciten, dejando constancia en el acta respectiva. A juicio nuestro, se desprende del inciso final del artículo 32º del Reglamento la necesidad de que el inicio de la mediación, así como su plazo fatal, sea original o prorrogado (inmediatamente en la primera sesión), deberá constar en el acta de la primera audiencia de mediación.

En esta primera audiencia de mediación el reclamante, en la práctica, suele exponer su reclamo a los reclamados de forma tal que estos se inte-

rioricen de este y puedan así dar sus explicaciones técnicas respecto a los hechos que motivaron su presentación.

Señala el artículo 46° de la ley, en igual sentido que el inciso 2° del Reglamento:

> "Durante el procedimiento, el mediador podrá citar a todas las audiencias que fueren necesarias para el cumplimiento de los fines de la medicación".

Ello debe relacionarse con los artículo 15° del Reglamento y 49° de la ley, ya estudiados, en el sentido de que el mediador goza de plena libertad para sesionar con las partes, sean todas o una de ellas, visitar el lugar de ocurrencia de los hechos, requerir antecedentes a las partes o a terceros y solicitar informes técnicos a costa de las partes, salvo oposición de alguna de ellas. Ello, decíamos, caracteriza al procedimiento de mediación por daños en salud como un procedimiento *informal* (como señalamos, nosotros preferimos hablar de desformalizado).

Si el mediador determinase la necesidad de nuevas audiencias (por ejemplo, para oír explicaciones del reclamado, oír a terceros, arribar a acuerdos parciales, firmar transacciones, entre otras), las comunicará en la forma establecida por el artículo 16° del Reglamento, procediéndose, en caso de incomparecencia a estas nuevas audiencias, en la forma establecida en el artículo 29° del mismo cuerpo normativo. Todo ello, según disponen el inciso 2° de dicho artículo y el artículo 46° inciso final de la ley.

Cabe resaltar que todas las sesiones a las cuales sean nuevamente citadas las partes deben hacerse dentro del plazo de la mediación, sea original o prorrogado.

Durante el procedimiento, las partes o terceros podrán acompañar documentos e instrumentos públicos o privados, los cuales, como establece el artículo 21° del Reglamento, quedarán bajo la custodia del mediador, quien deberá registrarlos y devolverlos al término de la mediación a la parte que los requiera, dejando constancia de ello. Si no se requieren los documentos, se deberá proceder a su devolución por medio de su envío por correo certificado al domicilio señalado por las partes y si tal envío fuera devuelto, deberán custodiarse por un plazo mínimo de cinco años.

Respecto a la custodia de los documentos que han sido devueltos al remitente no se precisa ni en la ley ni en el Reglamento quién, en definitiva, deberá guardarlos por al menos cinco años. En el caso de las mediaciones ante el Consejo de Defensa del Estado no es difícil sospechar que será dicho organismo quien deberá custodiarlos, pero en el caso de las mediaciones ante un mediador privado acreditado por la Superintendencia de Salud, la interrogante es mayor: ¿deberá custodiarlo el mismo mediador o la Superintendencia de Salud? Reiteramos que tales instrumentos y documentos no se encuentras sujetos a reserva.

## 6. *Terminación de la mediación*

La terminación de la mediación se encuentra regulada en el párrafo III del título III del Reglamento, llamado "De la terminación de la mediación".

Según el artículo 33° del Reglamento:

> "La mediación terminará:
> a) Por decisión voluntaria de cualquiera de las partes de no perseverar en el procedimiento;
> b) Por falta de comparecencia de las partes a las audiencias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 [del mismo Reglamento];
> c) Por expiración del plazo de la mediación;
> d) Por haberse llegado a acuerdo entre las partes;
> e) Cuando la designación del mediador corresponda al Consejo [de Defensa del Estado], por no aceptación de la decisión recaída en la solicitud de inhabilidad del mediador.
> f) Por no haber sido aprobado el acuerdo, cuando ello procediere de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de este reglamento".

Creemos que este listado, aun cuando pareciera pretenderlo, no es taxativo por cuanto no considera la situación prevista en el inciso 2° del artículo 13° del Reglamento ya revisado a propósito del nombramiento del mediador, en el cual la causal de terminación del procedimiento es la "falta de acuerdo de las partes" que no se encuadra en ninguno de los numerales del artículo 33°.

Estas causales de terminación de la mediación podemos clasificarlas, a nuestro juicio, en causales de terminación existiendo acuerdo entre las partes y causales de terminación sin acuerdo de las partes.

## 7. *Causales de terminación existiendo acuerdo de las partes*

Por haberse llegado a acuerdo entre las partes

**L**a finalidad del proceso de mediación, según se desprende de su propia definición, es que las partes lleguen a una solución extrajudicial de la controversia, y, por ende, arribado un acuerdo entre las partes, este pondrá fin al proceso de mediación.

Para alcanzar estos acuerdos, el artículo 35° del Reglamento establece la libertad de las partes para pactar soluciones al conflicto y para establecer la forma de cumplirlos, señalando, a modo de ejemplo, algunas modalidades de acuerdos.

Dice tal disposición:

> "Las partes tendrán libertad para pactar soluciones al conflicto y la forma de cumplirlas, por ello, en virtud del acuerdo, las partes podrán estipular

> el pago de compensaciones en dinero o apreciables en dinero tales como la realización de prestaciones asistenciales u otro tipo de prestaciones que se encuentren dentro del ámbito de su competencia o acción del prestador involucrado y, en las mismas condiciones, aquellas no apreciables en dinero y que tengan por objeto resarcir pública o privadamente al afectado, pudiendo incluso combinarse las modalidades anteriores".

Es decir, se puede arribar a acuerdos en dinero (pago de una determinada suma de dinero que sea una suerte de indemnización o reparación satisfactiva extrajudicial en torno al perjuicio sufrido por el afectado), apreciables en dinero (realización de prestaciones asistenciales, nuevas intervenciones que busquen reparar el mal causado, tratamientos en caso de que el mal sea irreparable, pero aún pueda aminorarse sus perniciosas consecuencias, asumir el costo de medicamentos o tratamientos futuros que se hagan con un prestador distinto, condonación de deudas, entre otros), o no apreciables en dinero (compromiso de mejorar los protocolos internos del prestador reclamado, explicaciones verbales o por escrito, disculpas públicas o privadas, verbales o por escrito, etcétera).

En caso de que las partes lleguen a acuerdo, el artículo 34° del Reglamento, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 53° de la ley, exige que se levante un acta firmada por las partes y el mediador, en la cual se contenga una breve descripción de los hechos que motivaron el reclamo, de los términos del acuerdo y de las obligaciones que asume cada parte.

Además, tanto la ley como el Reglamento son enfáticos en señalar que debe contenerse en el acuerdo una declaración expresa del reclamante en torno a renunciar a todas las acciones judiciales correspondientes.

Juntamente con lo anterior, la ley y el Reglamento señalan que "el acta del acuerdo surtirá los efectos de un contrato de transacción". Así, será menester relacionar los artículos 34° del Reglamento y 53° de la ley con el artículo 2446° y ss. del *Código Civil* y, por ende, deberá existir un hecho dudoso, deberán las partes hacerse concesiones recíprocas y tener capacidad para transigir. En cuanto al objeto de la transacción, se entiende que este debe existir al tiempo de la transacción y deberá ser comerciable.

En estas transacciones, una de las concesiones forzosas que deberá hacer el reclamante es la renuncia a todas las acciones judiciales que correspondan. Creemos que tal mención es innecesaria, puesto que la propia definición de transacción del artículo 2446° del *Código Civil* establece que busca con ella "precaverse un litigio eventual". Además, y según lo dispuesto en el artículo 2460° del mismo *Código*, la transacción "produce efecto de cosa juzgada en última instancia"; por ende, aun cuando no hubiera renuncia se produciría la extinción de tales acciones.

Digamos, a este respecto, que, justamente, uno de los argumentos que se dan para establecer que el hospital clínico de la Universidad de Chile Dr.

José Joaquín Aguirre no requiere de mediación previa para perseguir por vía judicial la indemnización de los perjuicios que pudiera haber causado, es que este carece de capacidad para transigir[33].

Finalmente cabe señalar que, en determinados casos, los contratos de transacción en que sea parte algún prestador institucional público deberán estar sujetos a aprobación, lo cual veremos a continuación.

Por no haber sido aprobado el acuerdo, cuando ello procediere, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36° de este reglamento

Como señalábamos, el acta de los acuerdos que se suscriban por las partes hará las veces de contrato de transacción.

Como decíamos, los contratos de transacción en que sea parte un prestador institucional público deberán ser sujetos a aprobación.

A este respecto, el artículo 36° del Reglamento establece quien será llamado a aprobar dichos contratos dependiendo de la cuantía de la transacción.

Así, dichos contratos serán sujetos a la aprobación del Consejo de Defensa del Estado cuando se trate de sumas superiores a 1.000 Unidades de Fomento. Por otro lado, quedarán sometidos a la aprobación del Ministerio de Hacienda los contratos de transacción en que la suma a pagar sea superior a 3.000 Unidades de Fomento.

Algunas consideraciones:

- Conforme se aprecia del artículo 36° del Reglamento, debe entenderse que los contratos de transacción estarán sujetos a revisión por el Consejo de Defensa del Estado los acuerdos en que se establezca el pago de una suma de dinero por sobre las 1.000 Unidades de Fomento, como los acuerdos apreciables en una suma superior a ella, como, por ejemplo, acordar una serie de prestaciones cuya avaluación exceda de dicho monto.
- El Consejo de Defensa del Estado deberá aprobar dichas transacciones por acuerdo de tres cuartas partes de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. Ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36° del Reglamento en relación con el inciso 1° del artículo 7° del DFL N°1 de 1993 del Ministerio de Hacienda, que establece la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado.

[33] El Hospital Clínico de la Universidad de Chile comparte la naturaleza jurídica de dicha universidad y, por ende, tiene carácter estatal. Así, no encontrándose autorización expresa para transigir en ninguna disposición del decreto con fuerza de ley N° 3, de 2007, del Ministerio de Educación (fija el texto del decreto con fuerza de ley N° 153, de 1981, del Ministerio de Educación) que establece el Estatuto de la Universidad de Chile y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución, se debe entender, forzosamente, que carece de facultades para hacerlo.

– El inciso 2° del artículo 36° del Reglamento, en idéntico sentido al inciso 3° del artículo 53° de la Ley, establece:

"Los montos que se acuerde pagar como resultado de la mediación obligarán única y exclusivamente los recursos del prestador institucional público involucrado".

Sin perjuicio del derecho a repetir en contra del funcionario y la obligación de iniciar a su respecto un sumario administrativo o una investigación sumaria dentro del plazo de diez días posteriores a la total tramitación de la transacción (inciso final del artículo en comento).

– Se establece en el inciso final del artículo 36° y en el inciso 4° del artículo 53° de la ley que

"una resolución conjunta de los Ministerios de Salud y de Hacienda establecerá los montos máximos que, en virtud del procedimiento reglado en este párrafo ('del procedimiento de mediación' –dice el Reglamento–) podrán pagar los prestadores institucionales públicos".

Dicha resolución es la resolución exenta 142 del 8 de abril de 2005 del Ministerio de Salud, la cual dispone que, en caso de muerte, el monto máximo a pagar será de hasta 3.500 Unidades de Fomento; en el evento de gran invalidez, de hasta 3.300 Unidades de Fomento; en el de invalidez total, de hasta 2.500 Unidades de Fomento, si fuera invalidez parcial de hasta 2.000 Unidades de Fomento; y por otros daños (incapacidad temporal) se podrá pagar una suma de hasta 1.000 Unidades de Fomento. Señala, además, que los criterios establecidos en la propia resolución deben interpretarse según lo dispuesto en el título V de la ley Nº 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales[34].

– Mencionemos que el Consejo de Defensa del Estado, en casos de muertes intrauterinas, ha hecho primar el principio de existencia natural de las personas por sobre el principio de existencia legal, aprobando transacciones de hasta 3.500 Unidades de Fomento en estos casos, por estimar que dicha interpretación es más acorde con la Constitución.

[34] El artículo 34° de dicha ley señala: "Se considerará inválido parcial a quien haya sufrido una disminución de su capacidad de ganancia, presumiblemente permanente, igual o superior a un 15% e inferior a un 70%". A su vez, el artículo 39° establece: "Se considerará inválido total a quien haya sufrido una disminución de su capacidad de ganancia, presumiblemente permanentemente igual o superior a un 70%". Por gran invalido, señala el artículo 40°, Se considerará "a quien requiere del auxilio de otras personas para realizar los actos elementales de su vida"; cabe mencionar que en este título no de define la incapacidad temporal ni la muerte, estableciéndose solo el derecho a percibir pensiones en el primer caso, por ende, debemos interpretar que el incapacitado temporal es aquel que "ha sufrido una disminución en su capacidad de ganancia, inferior a un 15%". Por muerte debemos entender la "cesación irreversible de todas las funciones tronco-encefálicas".

En suma, cuando alguno de estos órganos del Estado llamados a aprobar las transacciones que tuvieren lugar dentro del proceso de mediación cuando concurra en ella un prestador institucional público, manifieste su rechazo a tales acuerdos, se entenderá haber fracasado el proceso de mediación, terminando por la causal establecida en la letra f) del artículo 33° del Reglamento.

*8. Causales de terminación sin acuerdo de las partes*

Por decisión voluntaria de cualquiera de las partes
de no perseverar en el procedimiento

Como ya hemos señalado, a propósito del principio de voluntariedad, las partes pueden en todo momento expresar su voluntad de no perseverar en el procedimiento, dándose por concluido, debiendo dejarse constancia en un acta que será firmada por las partes y por el mediador.

Cabe recordar las apreciaciones que hemos formulado con anterioridad en cuanto a la forma en que los prestadores institucionales públicos, a nuestro entender, pueden hacer uso de esta facultad.

Por expiración del plazo de la mediación

**C**omo vimos, el plazo de la mediación establecido en la ley y el Reglamento será como máximo de sesenta días, prorrogables por única vez por un máximo de sesenta días más, dentro del cual debe desarrollarse el proceso de mediación antes visto. Este plazo, por disposición expresa de los artículos 45° de la ley y 31° del Reglamento, se contabiliza en días corridos.

Disponen el inciso 2° del artículo 45° de la ley y artículo 32° del Reglamento que:

> "Si dentro del plazo original o prorrogado no hubiere acuerdo, se entenderá fracasado el procedimiento y se levantará un acta, que deberá ser firmada por ambas partes. en caso de que alguna no quiera o no pueda firmar, dejará constancia de ello el mediador, quien actuará como ministro de fe".

El plazo original o prorrogado en su caso, será fatal, por tanto, aunque exista una buena comunicación entre las partes y ánimo de solucionar el conflicto, si no se establece un acuerdo dentro del plazo, este deberá entenderse fracasado, no existiendo posibilidad alguna de hacerlo revivir.

De ello se levantará un acta debiendo procederse en la forma antes referida.

Por falta de comparecencia de las partes a las audiencias, de acuerdo
con lo dispuesto en el artículo 29°del mismo Reglamento

Ello ya lo hemos referido al analizar la citación a las partes. Recordemos que, según prescribe el artículo 29° del Reglamento y el inciso 2° del artículo 46

de la ley, si alguna de las partes no comparece a alguna de las audiencias a que ha sido citado por segunda vez sin expresar motivo justificado para ello dentro de tercero día, la mediación se entenderá haber fracasado.

### Cuando la designación del mediador corresponda al Consejo de Defensa del Estado, por no aceptación de la decisión recaída en la solicitud de inhabilidad del mediador

Algo ya dijimos respecto al nombramiento del mediador al analizar el principio de imparcialidad. Si las partes estiman que existe inhabilidad del mediador propuesto por el Consejo de Defensa del Estado, podrán pedir al Consejo el nombramiento de un nuevo mediador, quien deberá resolver dicha solicitud dentro de tercero día hábil, en única audiencia. Nombrado el nuevo mediador, si alguna de las partes no se conformara con la decisión se entenderá fracasado el procedimiento y se deberá levantar el acta correspondiente.

### Por falta de acuerdo de las partes en el caso del inciso 2° del artículo 13° del Reglamento

A juicio nuestro, ella se configura como una causal de terminación distintas a las establecidas en el artículo 33° del Reglamento. Tendrá lugar en las mediaciones contra prestadores privados cuando el reclamado no acepte ninguno de los mediadores propuestos por el reclamante dentro del plazo de tres días, debiendo certificarse dicha situación.

## V. Constitucionalidad de las mediaciones por daños en salud

El Tribunal Constitucional, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad[35] del artículo 43° de la ley, ha establecido que no existe vicio de inconstitucionalidad en la mediación por daños en salud, por cuanto no se estarían estableciendo diferencias para accionar fundadas en una discriminación arbitraria, ni se vulnera el libre e igualitario acceso a la justicia, ya que, de fracasar la mediación, las acciones indemnizatorias quedan a salvo y, de prosperar, se habrá obtenido un equivalente jurisdiccional y, por ultimo, no se ha detectado por dicho Tribunal una vulneración al derecho de propiedad sobre los derechos y acciones del requirente por cuanto la mediación no lo priva, agota ni limita el derecho a accionar si la mediación fracasa.

Ello fue acordado con el voto en contra de los ministros Vodanovic, Navarro y Aróstica, quienes estimaron que se estarían vulnerando los derechos a la igualdad ante la ley y ante la justicia y se estaría infringiendo lo

[35] STC, rol Nº 2042-11.

dispuesto en el artículo 76° de la Constitución, por el hecho de ser la mediación obligatoria y fuera del Poder Judicial. A juicio de estos ministros, se estaría vulnerando la igualdad ante la ley y ante la justicia por cuanto con la entrada en vigencia de la ley Nº 19.966 se intercaló una previa mediación forzosa que antes no existía para estos negocios que debe desarrollarse en una esfera administrativa y con vocación proclive a que las partes

> "lleguen a una solución extrajudicial de la controversia, merced de la suscricpción de un acta final que surtirá efectos de un contrato de transacción",

todo lo cual supondría predisponer al afectado a declinar en alguna de sus reclamaciones y a hacer ciertas concesiones[36]. Además:

> "Señalan que –como ya se ha manifestado en numerosos fallos de esta magistratura– el derecho consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Carta Magna constituye una garantía insustituible e irreemplazable que tiene como correlato el artículo 76 del mismo texto, el cual establece que conocer y resolver conflictos de relevancia jurídica corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia"[37].

Así, al ser el único requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del cual el Tribunal Constitucional ha conocido a este respecto[38], debemos concluir que dicho procedimiento de mediación se encuentra conforme con la Constitución, sin por ello dejar de advertir que el voto disidente fue acordado por un alto número de ministros, por lo cual, frente a nuevos requerimientos y mediando un cambio en la integración de tal Tribunal, podría llegar a imperar, eventualmente, la tesis contraria.

## VI. Conclusiones

1. El procedimiento no adversarial de mediación por daños en salud no estaba contemplado en la idea original de la ley Nº 19.966 sobre Régimen de Garantías en Salud, incorporándose en un segundo trámite legislativo, toda vez que el establecimiento de las garantías explícitas de salud hacía temer una mayor judicialización de los conflictos en la materia.
2. Tanto la ley como el Reglamento reconocen como principios de la mediación por daños en salud los de igualdad, celeridad, voluntariedad,

[36] Zuñiga (2012), p. 335.

[37] Vargas (2013), p. 311.

[38] En agosto de 2011 se presentó un segundo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (STC, rol Nº 2049-11) el que fue declarado inadmisible por cuestiones de forma.

confidencialidad, imparcialidad y probidad. Nosotros además creemos advertir como principios el control y la protocolización.

3. A propósito de la voluntariedad en relación con la probidad, planteamos que les esta vedado, a nuestro juicio, a los prestadores institucionales públicos y a sus funcionarios hacer uso de la facultad de manifestar su voluntad de no perserverar en la mediación.
4. Hemos propuesto, como características de la mediación por daños en salud la no adversariedad, la comunicación directa de las partes, la colaboración de las partes, la intervención de un mediador, la brevedad, el efecto suspensivo de la prescripción, la informalidad, la confidencialidad, la necesariedad y la solución extrajudicial de la controversia como finalidad de la mediación.
5. Del título III del Reglamento que regula el procedimiento de mediación, hemos distinguido como etapas de dicho procedimiento la presentación del reclamo, los exámenes de admisibilidad (formales y sustanciales), la designación del mediador, la citación a las partes, las audiencias o sesiones de mediación y la terminación de la mediación.
6. En cuanto a la terminación de la mediación, a nuestro entender las causales contenidas en el artículo 33° del Reglamento se pueden agrupar en causales de terminación, existiendo acuerdo de las partes, y causales de terminación sin acuerdo de las partes, siendo las primeras el arribo del acuerdo y la no aprobación de los acuerdos cuando se sujetan a aprobación. Son causales de término sin acuerdo por la decisión voluntaria de cualquiera de las partes en no perseverar en el procedimiento, por la expiración del plazo de mediación, por falta de comparecencia de las partes y por la no aceptación del mediador nombrado por el Consejo de Defensa del Estado. Sostenemos que tal enumeración no es taxativa de momento que el artículo 13° del Reglamento pareciera contemplar otra causal por falta de acuerdo de las partes en cuanto al mediador propuesto.
7. Respecto a la constitucionalidad de la mediación, se ha planteado un único requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 43° de la ley, estimándose constitucional el procedimiento, con un voto en contra alcanzado por un alto número de ministros, por lo que, de cambiar la integración del Tribunal Constitucional, frente a nuevos requerimientos, podría primar la tesis de la inconstitucionalidad del procedimiento de mediación por daños en salud.

## Bibliografía

Gajardo Carrasco, Baltazar (2005): *Aspectos de la responsabilidad civil médica* (Segunda Sdición, Santiago de Chile, Editorial Librotecnia).

Gutierrez Aranque, María José (2008): "La mediación en salud y el acceso a la justicia", en *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado,* Nº 20: pp. 111-137.

Lagos Ochoa, Soledad (2013): "Impacto de la mediación en la judicialización de conflictos juridicamente relevantes: un análisis en base a la experiencia chilena de mediación por daños en salud", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 18: pp. 83-110.

Lagos ochoa, Soledad y Paola Henríquez Nanjarí (coord.) (2011): *Mediación y desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado (CDE)* (Santiago de Chile, ediciones del Consejo de Defensa del Estado). Disponible en www.cde.cl/mediacion/wp-content/uploads/sites/16/2016/01/ESTUDIO-DESJUDICIALIZACION-nov-2011.pdf [Fecha de consulta: 8 de octubre de 2017].

Lopez-Muñoz y Gustavo Larraz (2008): *En defensa del paciente.* (Madrid, Editorial Dykinson).

Ojalvo Clavería, Raúl (2006): *Ley de bases generales de la administración del Estado, concordada, comentada e interpretada*. (Santiago, Ediciones del Diario Oficial de la República de Chile).

Rajevic Mosler, Enrique (2009): "Las agendas de probidad de los gobiernos de la Concertación: entre la realidad y el deseo." en Juan José Romero Guzman, Nicolás Rodríguez García *et al*. (ed.): *Buen gobierno y corrupción*. *Algunas perspectivas* (Santiago, Ediciones Derecho UC): pp. 163-186.

Ruiz Guridi, Lorena (2003): "La mediación", en *Revista de Derecho. (Universidad Católica de la Santísima Concepción)*, XI Nº 11: pp. 145-162.

Vargas Pavez, Macarena (2013): "Caso Pamela de las Mercedes Bahamondes Moreno. Tribunal Constitucional. Sentencia de 10 de julio de 2012", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°20: pp. 309-316. Disponible en www.scielo.cl/pdf/rchdp/n20/art18.pdf [Fecha de consulta: 12 de octubre de 2017].

Zuñiga Urbina, Francisco (2012): "Comentario a la Sentencia sobre Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconsitucionalidad de los incisos primero y segundo del art. 43 de la ley N° 19.966, que establece el Régimen de Garantías en Salud. STC 2042-11, de fecha 10 de julio de 2012", en *Gaceta Jurídica*, Vol. 384 N° 384.

## *Normas*

Constitución Política de la República de Chile.

*Código Civil*.

*Código de Procedimiento Civil*.

*Código Orgánico de Tribunales.*

*Código Penal*.

*Código Sanitario*.

Ley N° 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, *Diario Oficial*, 1 de febrero de 1968.

Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, 5 de diciembre de 1986.

Ley N° 18.834 que Aprueba el Estatuto Administrativo, *Diario Oficial*, 23 de septiembre de 1989.

Ley N° 19.880 De Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2003.

Ley N° 19.966 Del régimen de Garantías en Salud, *Diario Oficial*, 3 de septiembre de 2004.

Estatuto de la Universidad de Chile, decreto con fuerza de ley N°3 del Ministerio de Educación de 10 de marzo de 2006 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 153 del Ministerio de Educación de 1981, *Diario Oficial*, 2 de octubre de 2007.

Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o de sus funcionarios y prestadores privados de salud, decreto supremo N° 47 del Ministerio de Salud de 1 de febrero de 2005, *Diario Oficial*, 23 de junio de 2005.

Reglamento de hospitales y clínicas privadas, decreto supremo N° 161, del Ministerio de Salud de 6 de agosto de 1982, *Diario Oficial*, 19 de noviembre de 1982.

Resolución N°1.215 de la Superintendencia de Salud de 28 de septiembre de 2015 que Fija el Arancel Máximo a Profesionales Inscritos en el Registro de Mediadores, *Diario Oficial*, 29 de octubre de 2015.

Resolución exenta N°142 del Ministerio de Salud de 29 de marzo de 2005 que Establece Montos Máximos a Pagar por los Prestadores Institucionales Públicos en virtud del Procedimiento de Mediación establecido por la Ley 19.966, *Diario Oficial*, 8 de abril de 2005.

## *Jurisprudencia*

Tribunal Constitucional (2011): Rol Nº 2042-2011, 10 de julio de 2012.

Tribunal Constitucional (2011): Rol Nº 2049-11, 16 de agosto de 2011.

# LOS RECURSOS PROCESALES EN LA REFORMA PROCESAL CIVIL Y EL IMPACTO QUE SIGNIFICAN EN EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN CHILE. EN ESPECIAL, A PROPÓSITO DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y EXTRAORDINARIO*

# PROCEDURAL RESOURCES IN THE CIVIL PROCEDURAL REFORM AND THE IMPACT THAT THEY MEAN IN THE ROLE OF THE SUPERIOR COURTS OF JUSTICE IN CHILE. ESPECIALLY, FOR THE PURPOSE OF APPEAL AND EXTRAORDINARY RESOURCES

*Emilio José Bécar Labraña***

"La falibilidad humana no es atributo del cual estén
exentos los miembros del Poder Judicial"
(Alejandro Espinosa Solís de Ovando)

Resumen: El presente trabajo discute los efectos positivos y negativos que la reforma proyectada por el nuevo *Código Procesal Civil* de Chile en materia de recursos procesales, actualmente en discusión en el Congreso Nacional, podría significar en el papel que desempeñan los Tribunales Superiores de Justicia. El trabajo comienza con una descripción de los recursos procesales consagrados en el *Código de Procedimiento Civil*, a partir de los cuales se pro-

* El presente manuscrito corresponde a un trabajo presentado ante el Curso de Transformaciones del Derecho, dictado en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca por el Prof. Dr. Diego Palomo Vélez.

** Abogado. Licenciado en Derecho (Universidad Católica de la Santísima Concepción). Profesor adjunto de Derecho Civil de la Universidad San Sebastián (Campus Las Tres Pascualas, Concepción). Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Talca. Becario CONICYT Doctorado Nacional (2017). Dirección Postal: Yungay 136, Cerro David Fuentes, Talcahuano. Correo Postal: 4261258. Correo electrónico: emilio_becar@hotmail.com.

cede a sindicar las funciones que le corresponden a los Tribunales llamados a conocer de estos. Sigue luego con la exposición de aquellos recursos procesales propuestos en el proyecto de ley de nuevo *Código Procesal Civil*, con indicación de las principales diferencias que se presentan entre estos estatutos. Se concluye con una mirada en perspectiva hacia las principales dificultades que se irán produciendo del tenor de la reforma.

Palabras clave: Recursos Procesales - Tribunales Superiores de Justicia - Reforma Procesal Civil - Recurso de Apelación - Recurso Extraordinario.

Abstract: This paper discusses the positive and negative effects that the reform projected by the new Code of Civil Procedure of Chile in terms of procedural resources, currently under discussion in the National Congress, could mean in the role played by the Superior Courts of Justice. The work begins with a description of the procedural resources enshrined in the Code of Civil Procedure, from which proceeds to syndicate the functions that correspond to the Courts called to hear them. It then continues with the presentation of those procedural resources proposed in the Draft Law of the new Civil Procedure Code, indicating the main differences that arise between these statutes. It concludes with a perspective look at the main difficulties that will arise from the tenor of the reform.

Keywords: Procedural Resources - Superior Courts of Justice - Civil Procedure Reform - Appeal - Extraordinary Appeal.

* * *

## I. Introducción

### *§ 1. Antecedentes*

Un elemento crucial en el proceso judicial consiste de los recursos procesales. Lo es a tal punto que se afirma en nuestro constituir uno de los elementos integrantes del derecho fundamental al *debido proceso legal*[1]. Sería imposible

[1] La Constitución Política chilena no hace un señalamiento explícito ni del concepto de *debido proceso legal*, ni de la existencia de un *derecho al recurso*. En su lugar, se consignó la expresión "procedimiento (e investigación, según reforma posterior) racionales y justos", respecto del cual los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política (Comisión Ortúzar) razonaron sobre la base que ella se refería efectivamente al "debido proceso legal", según consta de la intervención del profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile señor José Bernales Pereira. Algunos de los manuales en circulación a la fecha observan

(y muy poco conveniente, según veremos a propósito de los fundamentos del recurso) que un procedimiento no prevea la posibilidad que las resoluciones que dicte el juez no puedan ser susceptibles de revisión alguna.

Considerando que una de las clases de actuaciones judiciales son las resoluciones judiciales, y que estas últimas engloban un acto de autoridad y de decisión por parte de los Tribunales de Justicia, estas generan consecuencias jurídicas importantes para las partes, y que tendrán incidencia en la solución de la controversia.

La inclusión de los recursos procesales, la clase de resoluciones respecto de las cuales procede, y las facultades dispuestas por la ley en el conocimiento y decisión de estos, son reveladores a su turno del papel que los Tribunales Superiores de Justicia pueden desempeñar dentro de la actividad pública consistente de la administración de justicia. No solo esta función queda explicitada en virtud de la posición orgánica asegurada al respectivo Tribunal sino, también, a través de las que se han asignado a los mecanismos de impugnación de las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales inferiores[2].

Por lo dicho, la creación y reforma de los procedimientos judiciales constituyen la oportunidad que el legislador dispone para reformular esa visión y papel que el Tribunal puede desplegar en la administración de justicia. Y la manera en que se propongan los recursos, tanto respecto de las resoluciones por las cuales procede como las facultades que gozan los Tribunales, tiene un efecto importante en el papel que este representa en el proceso, particularmente en lo que respecta al control del desarrollo de las actuaciones del proceso y de la aplicación debida del Derecho.

Esta afirmación tiene importantes consecuencias, tanto positivas como negativas. Positivas, ya que el establecimiento de un recurso constituye un medio que las partes tienen para impugnar una actuación judicial que se haya practicado sin observancia de las normas de procedimiento, o que ha resuelto con infracción de los principios y reglas jurídicas procesales y sustanciales. Negativas, en cuanto a que una sobredimensión respecto del papel del juez dentro del proceso, pudiera significar una oportunidad para actos

una referencia explícita al derecho al recurso como integrante de este cfr. Bulnes (1987), pp. 453-454; Tavolari (2007), p. 48, y otros cfr. Cruz-Coke (2009), pp. 391-392; Pfeffer (1987), p. 374 en los cuales se cita la opinión del comisionado y profesor de Derecho Constitucional señor Alejandro Silva Bascuñán, quien no cita expresamente el derecho al recurso (Comisión Ortúzar, sesión Nº 103, p. 15).

Veremos que esta afirmación no es compartida en el Derecho Comparado. Cfr. infra Nº 73 del trabajo.

[2] La doctrina nacional y comparada ha señalado que el género lo constituyen los "medios de impugnación", siendo los recursos procesales una especie. En cuanto a los primeros, Casarino (2011), p. 129 y Mosquera & Maturana (2013), pp. 23-26. Respecto de los segundos, Alvarado & Oakley (2011), pp. 661-765 y Ortells *et al.* (2005), pp. 479-480.

de carácter arbitrario y discrecional, y que pretendiera ejercitar en nombre del Derecho.

Por último, no debe olvidarse que el sistema judicial chileno es de carácter jerárquico, de modo que los distintos Tribunales que lo componen se organizan de una manera ordenada y predeterminada. Siendo así, aquellos que detentan la parte superior de la pirámide orgánica son la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones. Estos son los Tribunales llamados a conocer de aquellos recursos procesales que tienen como propósito determinar si el proceso ha sido tramitado dando observancia a las reglas y principios a que se encuentra sujeto, y si se ha dictado sentencia que ha hecho una aplicación conforme del Derecho llamado a dirimir la controversia.

Debido a esta facultad esencial que detentan, constituyen aquellos Tribunales que precisamente tienen como tarea impedir actos de arbitrariedad que se cometan por los jueces inferiores en la jerarquía. Y podrán hacerlo en la medida que cuenten con las herramientas suficientes para ese propósito. De este modo, si los supuestos en que tienen lugar los recursos son escasos, entonces existen menos posibilidades de obtener control de lo que se resuelva o tramite por los tribunales inferiores.

## *§ 2. Acerca del presente trabajo*

El presente manuscrito constituye un análisis sobre el impacto que las reformas al procedimiento civil introducen a los recursos procesales pueden significar en el papel o función que desempeñan los Tribunales Superiores de Justicia.

La aproximación al presente trabajo se justifica en el contexto actual que está atravesando el Derecho Procesal Civil chileno, el cual está en proceso de discusión y aprobación de un nuevo *Código Procesal Civil*, el cual vendrá en sustituir el estatuto contenido en el vigente *Código de Procedimiento Civil* (en adelante, *CPCCh.*)[3]. Este procedimiento, que ya lleva vigente más de una centuria[4], se lo considera como un cuerpo anacrónico, y altamente ineficiente para una sociedad de las características como la nuestra[5].

[3] Una síntesis del proceso de recodificación del Derecho Procesal Civil chileno, en Núñez (2007) y Mensaje Presidencial Nº 432-359 (2012), pp. 5-12.

[4] Una semblanza con ocasión de su centenario, probablemente uno de los más amargos de la codificación chilena por su olvido (¿deliberado?), en Oberg (2003).

[5] El diagnóstico se ha mantenido constante en el curso del tiempo, y a la fecha constituye un punto respecto del cual parece existir unanimidad. Algunas de estas observaciones, en García & Leturia (2006); Harasic (2006); Mery (2006); Palomo (2006). Estos diagnósticos han derivado en que la opción que mayoritariamente se proponga, es la sustitución del *Código de Procedimiento Civil* por un nuevo *Código Procesal Civil.* Cfr. Tavolari (2007). Solo en forma minoritaria se ha propuesto que la adecuación se verifique solo a través de algunas reformas sustanciales del *Código* en actual vigencia, sin necesidad de su derogación, cfr. Rodríguez (2014), según queda de manifiesto en el "Anteproyecto de Reforma del Código de

Las reformas contenidas en el Proyecto, actualmente en el Congreso Nacional[6], criticadas por la falta de participación de los especialistas de Derecho Civil e, incluso, por su mote "santiaguino"[7], significan importantes cambios en los recursos procesales, de una forma tal en que podemos preguntarnos si estos cambios pueden adquirir alguna clase de efecto. Nuestra preocupación sobre el asunto se explica porque ya en lo lleva de iniciado el siglo XXI, se han verificado algunas reformas que han alterado sustancialmente la manera en que se concebía el litigio, introduciendo la oralidad y el principio de concentración del proceso en audiencias focalizadas. Ello ha ocurrido para los procesos penales, de familia y laborales.

Estos nuevos procedimientos han racionalizado el sistema de recursos, reasignando su procedencia y efectos, en términos tales que se han presentado algunas prevenciones acerca de la manera en que los Tribunales de Justicia han intervenido en dichos procesos, avanzando hacia modelos dirigidos por el juez, pero en términos tales que han significado en algunos casos que se cometan ciertos excesos y se adopten algunos criterios discrecionales e incluso arbitrarios en ciertos puntos.

Nos parece que la discusión del presente tema reviste interés por la circunstancia de tratarse de un esfuerzo de sistematización de una discusión que creemos que ha quedado demasiado encerrada en tratar sobre los efectos de una potencial eliminación o sustitución del recurso de casación en la forma y en el fondo, o de la consagración de un recurso de unificación de jurisprudencia, sin entrar en mayores atenciones generales al espectro de los recursos.

Por otro lado, esta discusión parcializada no se asemeja ni en parte a la discusión dogmática sobre los recursos procesales que actualmente existen.

---

Procedimiento Civil", elaborado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo" UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO (2013).

[6] Debe acotarse que en el Congreso Nacional ha sido ingresado en dos ocasiones un Proyecto de nuevo *Código Procesal Civil*. El primero de ellos, corresponde al contenido en *Mensaje* Nº 398-357, de fecha 18.5.2009, bajo la administración de la Presidenta de la República doña Michelle Bachelet Jeria, *Boletín* 6567-07. Este fue retirado 15 de marzo de 2012.

El segundo proyecto de ley corresponde al ingresado mediante Mensaje Nº 432-359, de S.E. el Presidente de la República Sebastián Piñera Echeñique, *Establece el nuevo Código Procesal Civil* (Santiago, 12 de marzo de 2012, *Boletín* N.º 8197-07). A la fecha de redacción del presente manuscrito, se encuentra en segundo trámite constitucional ante el Senado, en su etapa de Primer Informe en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Todas las citas en el cuerpo de este manuscrito del texto atribuido al "Proyecto", corresponden a aquel ingresado en 2012, salvo mención expresa en contrario.

[7] Como lo denuncia el profesor Mario Rojas Sepúlveda, el "Foro de la Reforma Procesal Civil", y que constituyó el puntapié del actual Proyecto de Reforma, fue desarrollado "casi exclusivamente" por "profesores santiaguinos", agregando "como es propio de la funcionalidad centralista que es usual en la cultural nacional y daña el desarrollo del país". ROJAS (2009), p. 143.

En este sentido, ni siquiera podríamos sostener que los manuales existentes sean verdaderamente "Derecho Procesal", y no sean más que explicaciones sobre el procedimiento civil[8].

*§ 3. Objetivos*

El objetivo general del presente trabajo consiste de determinar de manera crítica el impacto que, en términos positivos y negativos, tendrá la reforma proyectada al régimen jurídico de recursos procesales, de acuerdo con el proyecto de ley de nuevo *Código Procesal Civil*.

A fin de alcanzar este objetivo general, hemos previsto los siguientes objetivos específicos.

1. Identificar los objetivos y fines que en un proceso civil tienen los recursos procesales.
2. Determinar los principales recursos que son actualmente de conocimiento de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones en materia procesal civil, según el *Código de Procedimiento Civil*.
3. Establecer cuáles son las funciones y papeles que pueden asignarse a la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones a partir de los recursos que son de su conocimiento.
4. Analizar los principales recursos que se proyectan del conocimiento de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones en materia procesal civil, según el proyecto de ley de nuevo *Código Procesal Civil*.
5. Comparar las funciones que son proyectadas para los Tribunales Superiores de Justicia en virtud de la reforma procesal civil.
6. Señalar las principales falencias que surgen de la reforma de los recursos procesales en las funciones de control judicial de los Tribunales Superiores de Justicia.

*§ 4. Hipótesis*

A fin de orientar el desarrollo del presente trabajo, hemos previsto como hipótesis la de sostener que la reforma procesal civil en curso procederá, con el fin de satisfacer el principio de celeridad, a reducir el margen de procedencia de los recursos que son de conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia, y a reducir únicamente su margen de procedencia hacia actividades de mero control de lo obrado en primera instancia.

[8] A modo de ejemplo, y tan solo en lo que toca a los recursos procesales, se observa esta dinámica procedimental en Alessandri (1938), pp. 85-245; Casarino (2011), pp. 129-232; Correa (2005); Espinosa (1952); Oberg & Manso (2009). Un mayor esfuerzo de profundización acerca de los aspectos esenciales de los recursos dispuestos en el sistema procesal chileno, en Mosquera & Maturana (2013).

A fin de señalar esta hipótesis de trabajo, debemos descartar que el problema analizado tenga su fundamento en los caracteres de oralidad o de escrituración del proceso. Esto, porque medio o principio técnico en el cual se desenvuelve el proceso es irrelevante a la hora de sortear la mayor o menor cantidad de recursos posibles. En este sentido, un proceso oral puede tener tantos o menos recursos que un proceso escrito, y viceversa.

Muy contrariamente a lo dicho, sí creemos que tiene incidencia en el problema el alcance que quiera asignarse al principio de celeridad, particularmente en lo que refiere a su manifestación en los recursos procesales. Si se concibe al principio de celeridad en una forma tal que el recurso deba ser concluido a toda costa y al menor tiempo posible, entonces se tenderá a reducir el margen de recursos, y existe un mayor riesgo de arbitrariedades.

## *§ 5. Metodología*

La metodología de investigación que será utilizada en el presente trabajo corresponde a la propia que se implementa en las ciencias jurídicas. Se apoyará en la recopilación de fuentes doctrinarias que estudian de manera tradicional los recursos procesales en el sistema chileno, y aquellos que han descrito y analizado críticamente el proyecto de ley de reforma en materia de justicia civil. En estas obras pretendemos identificar las características atribuidas a los recursos procesales cuyo conocimiento corresponde a la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, según el vigente *Código de Procedimiento Civil*. Estas opiniones las confrontaremos con los estudios preparados por la doctrina a propósito de la reforma procesal civil en general, y en lo que atañe específicamente a los recursos procesales.

Practicada esta recopilación, efectuaremos estudio y análisis crítico de ambos sistemas normativos, obteniendo de esta manera dar cumplimiento al objetivo general y objetivos específicos que han sido propuestos.

## *§ 6. Plan de estudio*

El presente trabajo se estructura en dos partes. La primera de ellas parte de efectuar una revisión al estado actual del proceso civil chileno en materia de recursos procesales conocidos por los Tribunales Superiores de Justicia, y que fundamentalmente se contiene en el *Código de Procedimiento Civil* (II). En ella pretendemos exponer las condiciones en que han sido concebidos los recursos procesales en general, y su manifestación específica en el procedimiento civil nacional.

La segunda parte revisa la situación propuesta en el proyecto de ley de nuevo *Código Procesal Civil*. Veremos la manera en que han sido establecidos los recursos procesales en él y las facultades concedidas a la Corte

Suprema y las Cortes de Apelaciones. Presentados estos cuerpos normativos, procederemos a su confrontación, identificando qué clases de diferencias se pueden apreciar en lo que respecta al papel que los Tribunales Superiores de Justicia desplegarían a partir de la reforma que se ha diseñado. Debemos, finalmente, establecer si existe alguna diferencia sustancial entre el *Código de Procedimiento Civil* y el Proyecto de *Código Procesal Civil*, y qué implicancias tienen las reformas proyectadas en el papel y funciones que desplegarán en el futuro proyectado para los Tribunales Superiores de Justicia (III).

Acompañaremos al presente trabajo un conjunto de conclusiones, que sirvan para sintetizar lo expuesto y formular nuestras apreciaciones finales (IV).

## II. El estado actual de los recursos en el proceso civil y el papel que desempeñan los Tribunales Superiores de Justicia en su conocimiento y decisión

De acuerdo con la estructura piramidal del sistema judicial civil en Chile, tienen la calidad de "Tribunales Superiores de Justicia" la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones. A la cabeza se encuentra el primero, quien detenta la superintendencia directiva, correccional y económica de los restantes tribunales del país (Const. Pol., art. 82 inc. 1º). A este le sigue; inmediatamente, las Cortes de Apelaciones presentes en el país.

Los anteriores constituyen tribunales que conocen de una diversidad de materias, dado que en su calidad de superiores jerárquicos de los tribunales inferiores, ejercen la función de conocer de los recursos interpuestos en contra de los diversos tribunales inferiores, tanto en materia civil, penal, laboral, tributaria, y de familia, entre otros asuntos[9].

Su ubicación en la jerarquía planteada por la Constitución y el *Código Orgánico de Tribunales* no tiene importancia solo en lo que respecta a las potestades disciplinarias que pueden ejercitar respecto de los tribunales inferiores. Uno de los papeles que en forma más destacable desempeñan se encuentra en la de revisar las sentencias definitivas y demás resoluciones judiciales que han sido dictadas por los tribunales inferiores, a fin de controlar dos aspectos; el seguimiento conforme de las reglas de procedimiento previstas para la sustanciación del proceso y la aplicación debida de las normas sustanciales en la resolución de los conflictos planteados por las partes.

Los recursos procesales no constituyen un mero instrumento dilatorio del proceso. Ellos se basan en ciertos fundamentos (§ 1), que permiten iden-

[9] Una exposición sobre las tramitaciones de competencia de las Cortes de Apelaciones, en Chaigneau (2002).

tificar el efectivo papel que los Tribunales Superiores de Justicia despliegan en el sistema procesal civil en actual curso (§ 2).

*§ 1. Fundamento de los recursos procesales*

¿Por qué un *Código Procesal Civil* contiene y debería contener un aparataje de recursos procesales? Este tema ha sido una de las preocupaciones de la doctrina, aunque debemos confesar que esta pregunta constituye una de las pocas cuestiones de carácter científico que se aprecian en los manuales en circulación corriente.

Revisar el contenido de estas apreciaciones no nos parece una cuestión de inferior relevancia, ya que nos ayudará a destacar la importancia del recurso en un sistema procesal y, asimismo, nos ayuda a comprender por qué deberían ser contemplados en un cuerpo normativo procedimental.

Los recursos procesales han sido concebidos, siguiendo la doctrina en este punto la concepción del jurista italiano Francesco Carnelutti, como una exigencia de justicia, ya que son un medio para fiscalizar la justicia de lo resuelto[10]. La exigencia de justicia que en concreto se considera, es que el recurso procesal sea el medio más idóneo para la corrección del error judicial[11].

Estas tesis pueden resumirse del siguiente modo:

> "Según algunos, a pesar de las medidas adoptadas por el legislador para que las resoluciones judiciales sean el fiel reflejo de la justicia, siempre existe la posibilidad de que ellas contengan injusticias, involuntarias o intencionadas, pues el hombre es por naturaleza falible, y las resoluciones son producto de él mismo.
>
> Agregan que la existencia de disposiciones contenidas en diversos cuerpos de leyes, que no siempre guardan perfecta armonía o de disposiciones contenidas en una misma ley pero contradictorias, dificultan, la mayoría de las veces, la genuina y correcta aplicación de las leyes"[12].

Esta naturaleza ha podido ser constatada desde un comienzo en la tradición procesalista. Se basa en un pasaje contenido en el *Digesto* de Justiniano, atribuido al jurisconsulto Ulpiano en el libro I de su obra *De Appelationibus* (*Dig*. 49, 1, 1 pr.)[13]:

---

[10] Esta afirmación se encuentra citada por Oberg & Manso (2009), p. 2. La referencia al jurista italiano se observa tempranamente en las obras de Espinosa (1952), núm. 2, p. 16.

[11] Correa (2005), p. 4; Mosquera & Maturana (2013), p. 36; Pfeiffer (1998), p. 2.

[12] Casarino (2011), p. 129.

[13] Este pasaje es utilizado como un criterio de autoridad que sirve de fundamento no sólo para el particular caso del recurso de apelación, sino también para cualquiera clase de recurso procesal, según sostiene Couture (2002), p. 277. Una nota histórica, en Romero (2014 b), pp. 105-106.

| | |
|---|---|
| *Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nomo est qui nesciat, quippe quum iniquitatem iudicantium, vel imperitiam recorrigat, licet nonnusquam bene latas sententias in peius reformet; neque enim utique melius pronuntiat, qui novissimus sententiam laturus est.* | "Nadie hay que ignore cuán frecuente, y cuán necesario, sea el uso de la apelación, porque ciertamente corrige la injusticia ó la impericia de los juzgadores, aunque a veces reforme en peor las sentencias bien preferidas; porque no siempre falla más bien el último que ha de proferir sentencia". |

En cuanto fundamento inmediato de los recursos, estos aseguran en definitiva el correcto cumplimiento de las normas procesales y el acierto de las resoluciones judiciales[14].

De este modo, los recursos procesales son diseñados directamente para corregir resoluciones judiciales, las cuales se han dictado en un determinado contexto, siendo el resultado de una cierta manera en que ha sido sustanciado el proceso en el caso particular, y haciendo aplicación de normas sustanciales y procesales. Con esta herramienta, se previene que el tribunal pueda desviarse de los medios o caminos señalados por el legislador para el correcto ejercicio de la actividad jurisdiccional, o que efectúe una errada o injusta aplicación de la ley de fondo[15].

Los recursos procesales se basan en el hecho de que la naturaleza humana es falible, y tal defecto se encuentra presente, incluso, en la administración de justicia[16], por mucho que existan procesos largos de preparación y de formación de los profesionales jurídicos.

Bajo estas premisas generales, vemos que los recursos procesales constituyen la oportunidad que los Tribunales Superiores tienen para formular un control de forma y de fondo de las resoluciones dictadas por los tribunales inferiores. Por lo pronto, con este control se asegura que se respeten las reglas del procedimiento judicial que han seguido estos últimos, y que, igualmente, hagan una correcta aplicación e interpretación de la ley, tanto sustancial como la procesal. Se consigue por esta vía que se corrijan las arbitrariedades en que puedan incurrir los jueces, asegurando de esta forma el debido ejercicio de la jurisdicción[17].

[14] Oberg & Manso (2009), p. 2. La afirmación aparece literal en Ortells *et al.* (2005), p. 481. Completando la idea, el profesor Ortells destaca que si la anterior fuese la única explicación, entonces ocurriría que las resoluciones serían impugnadas de oficio, lo cual no ocurre porque existe un segundo elemento en juego, y que consiste de la insatisfacción subjetiva de la parte que se ha visto perjudicada por la resolución judicial, Ortells *et al.* (2005), p. 481. Para el Derecho chileno, recuerdan este fundamento individualista Mosquera & Maturana (2013), p. 36.

[15] Cfr. Casarino (2011), pp. 129-130.

[16] Como lo explicaba Espinosa (1952), Nº 31, p. 36, a propósito del recurso de apelación: "La falibilidad humana no es atributo del cual estén exentos los miembros del Poder Judicial". Coincide en el diagnóstico Herrendorf (1998), p. 114.

[17] Pfeiffer (1998), p. 3.

Pero este control tiene la aptitud de provocar un efecto general. De acuerdo con el profesor Pfeiffer, los recursos

> "permiten que los tribunales superiores vayan uniformando criterios en cuanto a la interpretación de las normas o en cuanto a la forma de dar aplicación a la discrecionalidad que la ley otorga a los magistrados"[18].

Esta uniformidad significaría un resultado *justo*, ya que asuntos de la misma naturaleza serán resueltos del mismo modo[19].

No solo se ha explicado el recurso procesal desde la perspectiva de su instauración. También ha sido brindada explicación, incluso, de la composición que debe tener el Tribunal Superior a la hora de tomar el conocimiento de los recursos procesales.

Es así que se ha dicho que se explica que una composición múltiple en cuanto a los integrantes de los Tribunales Superiores de Justicia puede asegurar una mejor profundización en la revisión tanto de la substanciación como en la resolución del conflicto. Se explica que existen mayores posibilidades de alcanzar una decisión más correcta por el hecho que es analizada por dos o más personas, en vez que solo una[20].

### *§ 2. Papeles que cumplen los Tribunales Superiores de Justicia en el proceso civil a partir de los recursos procesales que son de su competencia*

Entre el conjunto de diversos recursos que son conocidos por los Tribunales Superiores de Justicia, nos queremos centrar, especialmente, en aquellos que han sido la base de los fundamentos expresados en forma precedente, y, en cuanto a su materia, aquellos que tienen incidencia en materia procesal civil[21].

---

[18] *Op. cit.*, p. 2. Esta misma opinión es observada en el Derecho Comparado, ya que el profesor Manuel Ortells Ramos menciona que "todo medio de impugnación ante un órgano jurisdiccional de grado superior favorece de hecho esa unificación y el igual tratamiento en concreto de los casos iguales". Ortells *et al.* (2005), p. 481.

[19] Pfeiffer (1998), p. 2. Como se dijo, Ortells *et al.* (2005), p. 481.

[20] En este sentido: Correa (2005), p. 5 y Pfeiffer (1998), p. 2.

[21] Dentro de los recursos procesales que no serán analizados en el presente trabajo, debemos brindar una explicación especial respecto del *recurso de queja*, COT., art. 545.

No se hará detalle de esta clase de recurso no por el solo hecho que se trata de uno no tratado dentro del Proyecto de Ley que pretende aprobar el nuevo *Código Procesal Civil*, con lo cual, formalmente, sería fundamento suficiente. El propósito que persigue este recurso escapa a aquellos a los cuales haremos alusión en el desarrollo del presente manuscrito. Éste pretende dirigirse frente a la comisión de una falta o abuso grave que se hubiere cometido por el respectivo juez o tribunal, al momento en que se ha dictado la resolución impugnada. Su objetivo no es, directamente, la impugnación de la resolución en cuestión, sino, más bien, castigar la falta disciplinaria cometida por el respectivo magistrado. Oberg & Manso, Nº 47, p. 60.

Siendo así, concentraremos nuestra mirada en los recursos de apelación, casación en la forma y en el fondo, y el recurso de revisión.

## 2.1. Recurso de apelación

El recurso más básico que detentan los Tribunales Superiores de Justicia, en su condición de tales, es el de apelación. Nótese que, en cuanto al recurso de apelación, nos referiremos a aquel que es de conocimiento de las Cortes de Apelaciones, el cual es tan sustancial a esta clase de tribunales que permite que se los denomine de esa manera.

Estructuralmente, se trata de un recurso ordinario, ya que basta con que la parte recurrente manifieste un perjuicio como consecuencia de la sentencia respecto de la cual se promueve dicho recurso. No es necesario cumplir con causales específicas de procedencia del recurso.

En términos generales, el art. 186 del *CPCCh*. describe la apelación diciendo que ella "tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior", *CPCCh.*, art. 186.

En cuanto a las resoluciones respecto de las cuales puede ser interpuesta, encontramos las siguientes:

1. Todas las sentencias definitivas y las interlocutorias de primera instancia, "salvo en los casos en que la ley deniegue expresamente este recurso", *CPCCh.*, art. 187.
2. Los autos y los decretos. Estos últimos tienen como regla general el que "no son apelables cuando ordenen trámites necesarios para la substanciación regular del juicio". *CPCCh.*, art. 188. Sin embargo, "son apelables cuando alteran dicha substanciación o recaen sobre trámites que no están expresamente ordenados por la ley", caso en el cual la ley exige que sean interpuestos en carácter subsidiario de la solicitud de reposición y para el caso que esta no sea acogida, *CPCCh.*, art. 188.

El recurso de apelación es aquel que permite caracterizar al proceso civil chileno actual como un sistema de doble instancia[22]. De esta manera, la premisa bajo la cual opera el actual proceso civil, consiste que el fondo de la controversia sostenida entre las partes sea sujeta a un sistema de doble revisión, tanto los hechos como el Derecho. La posibilidad de contar estos tribunales con esta doble revisión es lo que permite caracterizar una "instancia", según reiteradamente destaca la doctrina[23].

[22] En este sentido: Espinosa (1952), p. 36; Mosquera & Maturana (2013), p. 123; Oberg & Manso (2009), p. 15; Jorquera (2000), p. 494. Pfeiffer (1998), p. 14. Para el Derecho alemán, Stürner (2014), p. 93.

[23] Por todos: Casarino (2011), p. 134. Pero debe precisarse que no es lo mismo la apelación que la doble instancia; cfr. Ortells *et al.* (2005), pp. 495-497.

Por lo pronto, constituye la anterior una regla general, ya que solo se cuenta con algunos casos excepcionales de procedimientos para los cuales no existe la doble instancia.

En lo que tiene relación con el fundamento jurídico del recurso de apelación, se apoya en la necesidad en que se encuentran los tribunales de este tipo de evitar los errores judiciales en la resolución del conflicto[24].

Este modelo funciona sobre la base de un pleno conocimiento de la falibilidad de la obra humana, y de la necesidad psicológica del ser humano de rebelarse en contra de la injusticia[25]. Ella puede sufrir desaciertos y errores, los cuales en esta clase de materias tienen una profunda consecuencia, ya que determinan la suerte del patrimonio de su respectivo titular, pudiendo incrementarlo o disminuirlo. Se sostiene que la decisión del asunto en manos de un solo hombre supone un compromiso particularmente severo, quien deberá evaluar de modo que se asegure a las partes un doble estudio del mismo caso[26]. Sobre la base de este hallazgo, la apelación atenúa o disminuye las posibilidades de error, a través de la revisión en doble instancia[27], la cual se hará por varios jueces con experiencia[28]. Se postula, también en consonancia con estas ideas, que la apelación sea procedente cada vez que el tribunal inferior sea unipersonal, y que solo se lo elimine o se sustituya por alguna forma de recurso de nulidad en el caso que el tribunal que resuelva en primer grado sea colegiado[29].

Igualmente, se visualiza la apelación como un instrumento de estímulo hacia los jueces inferiores, a fin que se esmeren en resolver el asunto de que conozcan con la mayor dedicación posible y de la forma más justa que la ley permita, ante la posibilidad de revisión de lo resuelto por ellos, ante sus superiores jerárquicos[30].

## 2.2. Recurso de casación en la forma

El recurso de casación es descrito en términos tales por el *Código de Procedimiento Civil* chileno, que se dice que "se concede para invalidar una sentencia en los casos expresamente señalados por la ley" (*CPCCh.*, art. 764). Se lo

[24] Mosquera & Maturana (2013), p. 124.

[25] Casarino (2011), p. 133. Esta idea se asemeja en demasía a la ya recordada por Couture (2002), p. 288: "El impulso instintivo de desobediencia de parte del perdedor, se sustituye en el derecho procesal por un instrumento técnico que recoge esa misma protesta. El alzarse por sublevarse se sustituye por la alzada por apelar. La justicia por mano propia se reemplaza por la justicia de un mayor juez".

[26] Correa (2005), p. 22.

[27] Casarino (2011), p. 133; Espinosa (1952), p. 37; Pfeiffer (1998), p. 14.

[28] Pfeiffer (1998), p. 14. En un sentido similar, Mosquera & Maturana (2013), p. 36.

[29] En este sentido: González (2007), pp. 556-557.

[30] En este sentido: Casarino (2011), p. 133; Mosquera & Maturana (2013), p. 124 y Pfeiffer (1998), p. 14.

declara dividido en dos especies: "de casación en el fondo y de casación en la forma" (*CPCCh.*, art. 765 inc. 1º). El primero, se declara contenido en el art. 767 del *CPCCh*. *CPCCh.*, art. 765 inc. 2º, mientras que el segundo tiene lugar en los casos del art. 768 del *CPCCh* (*CPCCh.*, art. 765 inc. 3º).

El recurso de casación en la forma constituye un recurso extraordinario, el cual es de conocimiento tanto de las Cortes de Apelaciones (respecto de las resoluciones dictadas en primera instancia) como de la Corte Suprema (respecto de las resoluciones dictadas por las Cortes de Apelaciones).

No constituye instancia, dado que el tribunal llamado a conocer del recurso solo se encuentra autorizado por la ley para determinar si se ha efectuado una correcta implementación de la ley procesal civil en la tramitación de la causa, en la dictación de la sentencia definitiva o ambas[31]. Por lo demás, para su interposición se hace necesario que el recurrente invoque alguna de las causales expresamente contempladas en el *Código de Procedimiento Civil*.

En cuanto a las resoluciones en contra de las cuales tiene cabida, se lo evidencia con un carácter excepcional. Como lo declara el art. 766 del *CPCCh.*:

> "El recurso de casación en la forma se concede contra las sentencias definitivas, contra las interlocutorias cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación y, excepcionalmente, contra las sentencias interlocutorias dictadas en segunda instancia sin previo emplazamiento de la parte agraviada, o sin señalar día para la vista de la causa.
>
> *Procederá, asimismo, respecto de las sentencias que se dicten en los juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales, con excepción de aquéllos que se refieran a la constitución de las juntas electorales y a las reclamaciones de los avalúos que se practiquen en conformidad a la ley Nº 17.235, sobre Impuesto Territorial y de los demás que prescriban las leyes".*

Se concibe a este recurso en un carácter excepcional igualmente porque procede solo por las causales mencionadas por el art. 768 del *CPCCh*.

De acuerdo con la expresión de la doctrina, el recurso de casación en la forma tiene como propósito asegurar el respeto de las reglas que la ley señala para la tramitación del proceso[32].

Según esta lectura, el procedimiento se apoya en un conjunto de ritualidades que han sido predeterminadas por la ley, las cuales deberán ser satisfechas para que se estime en definitiva que el proceso ha cumplido con las exigencias de ser uno *debido*; vela entonces este recurso por el respeto de

[31] En este sentido: Alessandri (1938), p. 118; Mosquera & Maturana (2013), p. 240; Pfeiffer (1998), p. 74.

[32] En este sentido: Casarino (2011), p. 159; Correa (2005), p. 80; Espinosa (1952), p. 169; Oberg & Manso (2009), p. 75.

la garantía del debido proceso[33]. Si dichas reglas no son observadas, constituye una oportunidad para afectar seriamente las pretensiones de las partes.

Por lo pronto, el respeto a las ritualidades no solo pretenden que se respete en el caso concreto el derecho al debido proceso que debe asegurarse a cada una de las partes litigantes, y tampoco se trata de asegurar un estado de respeto tan solo por la necesidad de cumplir con las reglas.

Se explica que el respeto a las reglas del procedimiento constituye en definitiva una garantía de seguridad para las partes y para la sociedad[34]. Constituye a crear un estado social de orden, el cual asegura a la sociedad la máxima de la igualdad, imparcialidad y el mínimo de conductas arbitrarias que pudieren restar valor y legitimidad al proceso judicial como mecanismo de solución de controversias. El respeto a las formas procesales asegura, bajo esta visión, el acierto de lo que se resolverá en la contienda sostenida entre las partes[35].

### 2.3. Recurso de casación en el fondo

El recurso de casación en el fondo constituye uno de carácter extraordinario, cuyo conocimiento le corresponde a la Corte Suprema[36]. La particularidad en este punto se encuentra en que la regla general es que el conocimiento de este recurso puede hacerse por una de las Salas de la Corte, como incluso que sea en Pleno.

Nuevamente, se descarta que el conocimiento de la casación habilite la existencia de una tercera instancia, ya que únicamente la Corte entra al conocimiento de cuestiones de derecho; lo que pretende es determinar si ha existido una infracción de ley que tenga influencia sustancial en lo dispositivo del fallo[37].

En cuanto a las resoluciones respecto de las cuales tiene cabida, menciona el art. 767 del *CPCCh.*:

> "El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes, siempre

[33] Mosquera & Maturana (2013), p. 36; Pfeiffer (1998), p. 77.

[34] Correa (2005), p. 80.

[35] En este sentido: Casarino (2011), pp. 159-160 y Espinosa (1952), p. 169.

[36] Un seguimiento histórico al origen y desarrollo del recurso de casación en el fondo, puede consultarse en Rojas (2010), pp. 323-338.

[37] Alessandri (1938), p. 19; Mosquera & Maturana (2013), p. 295; Pfeiffer (1998), p. 74. Una nota crítica acerca de la imposibilidad de conocer de los hechos en sede de casación, desde la perspectiva del Derecho español, en Nieva (2013), pp. 489-494.

que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia".

La consagración de este recurso obedece a dos propósitos bien explicitados. Por una parte, se busca la aplicación del estándar impuesto por la Constitución Política consistente que se respete el *derecho fundamental de igualdad ante la ley* (Const. Pol., art. 19 Nº 2º)[38].

Nótese que el sistema jurídico continental, dentro del cual se inserta el Derecho chileno, se caracteriza porque el precedente judicial no constituye fuente formal; ello ha quedado de manifiesto desde el momento en que se indica por el *Código Civil* que las sentencias judiciales constituyen derecho solo respecto de las partes litigantes (CCC*h*., art. 3.º inc. 2º). Pues bien, el resultado de esta disposición consiste que los tribunales chilenos no se encuentran obligados a pronunciar sus sentencias de la manera en que ya se hubieren manifestado sus superiores jerárquicos; estos deberán ajustar sus sentencias conforme a la ley. Pero en este proceso de validez relativa de la sentencia judicial, pudiere darse el caso en que se vulnere de plano el sentido y alcance que debe asignarse al precepto legal. Es por ello que se contempla un mecanismo formal con el cual se asegure que todos los tribunales puedan implementar la ley en el mismo sentido y alcance respecto de todas las personas[39], sin formular diferencias de ninguna especie de caso a caso.

En segundo lugar, la instauración del recurso de casación en el fondo obedece a una necesidad identificada por los autores en orden a perseguir la formación y unificación de la jurisprudencia, lo cual se consigue mediante la invalidación de la sentencia dictada contra la ley[40].

Cabe observar que el propósito aparentemente inicial del recurso de casación en el fondo era, precisamente, que la jurisprudencia se erigiera como una fuente formal del Derecho chileno, a pesar del tenor de lo previsto en el art. 3º inc. 2º del CCC*h*. Se habría consignado en las Actas de la Comisión Mixta del Congreso Nacional encargada de la revisión y aprobación del Proyecto de C*ódigo de Procedimiento Civil*, en su sesión Nº 36 (2 de enero de 1902), que se reconociera a la jurisprudencia emanada de la Excma. Corte Suprema, "lográndose así una aplicación constante y uniforme de los preceptos legales"[41]. Fuera de esta circunstancia, la doctrina procesalista suele señalar que el recurso busca crear una fuerza moral en los tribunales[42],

[38] En este sentido: Casarino (2011), p. 195; Correa (2005), p. 110; Espinosa (1952), p. 304; Mosquera & Maturana (2013), p. 242; Rodríguez (2014), p. 19.

[39] Espinosa (1952), p. 304.

[40] En este sentido: Casarino (2011), p. 195; Espinosa (1952), p. 304; Correa (2005), p. 110; Mosquera & Maturana (2013), pp. 36-37; Oberg & Manso (2009), p. 108.

[41] El dato es obtenido de Espinosa (1952), p. 304. Esta misma frase será reproducida en Casarino (2011), p. 195.

[42] *Ibid*.

lo que, en todo caso, coincide con la mirada que desde la doctrina civilista se da respecto de este mismo punto, en donde se reitera que la interpretación judicial de la ley carece de fuerza obligatoria y que el juez no está obligado a fallar de la misma manera en otro caso[43]. Esta fuerza moral tendrá lugar en proporción al prestigio y superioridad jerárquica del Tribunal[44], y se declara emanar, precisamente, de la facultad que tienen los máximos Tribunales ordinarios de cada Estado de anular las sentencias judiciales contrarias a la ley[45].

Fuera de estas circunstancias, se previene que la jurisprudencia constituye una herramienta de la igualdad ante la ley. Al efecto, se dice que ella

> "cumple la función de dar uniformidad a la interpretación judicial de las normas para preservar el principio de igualdad ante la ley y garantizar la seguridad jurídica"[46].

Por lo demás, el propio Mensaje con que fue acompañado el Proyecto de *Código de Procedimiento Civil*, firmado por S. E. Presidente de la República don Jorge Montt (1 de febrero de 1893), hace alusión al papel que despliega el recurso de casación en la aplicación de la ley:

> "La casación en el fondo introduce en nuestra legislación una novedad reclamada por las necesidades de dar uniforme aplicación a las leyes. Se ha limitado sólo a las sentencias de las Cortes de Alzada, como encargadas de dar la norma para el correcto funcionamiento de los tribunales inferiores".

Aunque concebido, inicialmente, como un medio de unificación de la jurisprudencia, las reformas que fueron implementándose en el *Código de Procedimiento Civil* pretendieron ahondar en este punto, añadiendo una herramienta que pudiera dirimir las controversias existentes en la interpretación judicial de la ley.

Esto se consiguió en virtud de la ley Nº 19.374 (*DO.* 18 de febrero de 1995), la cual introdujo el art. 780 del *CPCCh.*, el cual señala hoy que

> "interpuesto el recurso de casación en el fondo, cualquiera de las partes podrá solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el tribunal ad quem, que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal. La petición sólo podrá fundarse en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso"[47].

---

[43] Alessandri *et al.* (1998), p. 184.

[44] *Op. cit.*, pp. 184-185; Ducci (1980), p. 131; Larraín (1994), p. 51.

[45] Alessandri *et al.* (1998), p. 106; Merryman (1995), p. 42.

[46] Pérez (2013), p. 208.

[47] Una descripción histórica y comentarios de esta disposición, en Otero (2000), pp. 448-452.

## III. Proposiciones de la reforma procesal civil y su incidencia en la reformulación del papel de los tribunales superiores de justicia

Hemos descrito el estado dogmático y normativo de los recursos procesales conocidos por los Tribunales Superiores de Justicia, a la luz del vigente *Código de Procedimiento Civil*. Continuaremos el manuscrito con una exposición paralela del mismo contenido, replicado en el Proyecto de Ley que aprueba el nuevo *Código Procesal Civil*.

En cuanto al plan a seguir en esta parte, trataremos, a continuación, los recursos que han sido proyectados en el Proyecto (§ 1), para luego continuar con un análisis de las funciones que pueden extraerse a partir de estos proyectos (§ 2).

### *§ 1. Recursos conocidos por los Tribunales Superiores de Justicia*

Una revisión preliminar al Proyecto de *Código Procesal* (en adelante *CPCCh.*) revela importantes cambios en la situación de los recursos procesales, tanto en lo formal como en lo sustancial.

La premisa metodológica bajo la cual se quiso trabajar en la reforma de los recursos procesales resulta expuesta en el Mensaje Presidencial con que fue ingresado el Proyecto de nuevo *Código Procesal Civil*:

> "En esta materia, el Código realiza una reforma profunda al sistema recursivo actualmente vigente que refleja simplicidad y eficiencia, a la vez que un justo equilibrio entre tales aspiraciones y el debido proceso"[48].

En primer lugar, se ha verificado una sistematización de los recursos, los que ahora se declaran contenidos en el proyectado libro III: *Los Recursos Procesales*.

[48] Mensaje presidencial Nº 432-359 (2012), p. 22.

En un sentido similar se pronunciaba el anterior Mensaje presidencial Nº 398-357 (18 de mayo de 2009, *Boletín* 6567-07), al decir: "El Libro III nos entrega un nuevo régimen de recursos en materia civil, que refleja simplicidad y eficiencia, a la vez de un justo equilibrio entre tales aspiraciones y el debido proceso". "Se señala que podrán recurrir las partes y los terceros admitidos para obrar en juicio contra las resoluciones judiciales que les causen agravio, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley".

La sistemática proyectada, es del siguiente tenor:

| | | |
|---|---|---|
| Tít. I | Disposiciones generales | Arts. 359 a 372 |
| Tít. II | El recurso de reposición | Arts. 373 a 378 |
| Tít. III | El recurso de apelación | Arts. 379 a 399 |
| Tít. IV | El recurso de hecho | Arts. 400 a 404 |
| Tít. V | Recurso extraordinario | Arts. 405 a 416 |

Para los efectos del desarrollo del presente trabajo, nos concentraremos en los recursos de apelación (1.1.) y el extraordinario (1.2.).

## 1.1. Recurso de apelación

El primer gran cambio en materia de recursos se verificaría a propósito del recurso de apelación. Las principales implicancias de ese cambio son señaladas en el *Mensaje presidencial:*

> "Así, en cumplimiento del mandato contenido en los tratados internacionales y la interpretación de las cortes internacionales sobre el contenido del denominado "derecho al recurso", se consagra un recurso de apelación amplio, con revisión por el tribunal superior tanto de los hechos como del derecho, pero sin que ello importe la repetición de una nueva instancia o grado jurisdiccional que ha pasado a ser el concepto sustituto, en el cual se contemple la reanudación del debate y rendición de nuevas pruebas.
>
> Con todo, en aras de la concentración del proceso, se establece una enumeración taxativa de las resoluciones apelables, las que, en general, deben ser resoluciones que ponen término al juicio o resuelven el conflicto. De este modo, se evita la proliferación de apelaciones respecto de resoluciones de mero trámite que importe una dilación del proceso, más propio de los procedimientos del sistema de lato conocimiento y desconcentrado que se sustituye.
>
> Se elimina el recurso de casación en la forma cuyas causales de nulidad se funden en la regulación del nuevo recurso de apelación que pierde su tradicional condición de recurso de mérito, para asumir, simultáneamente, la condición de recurso de nulidad"[49].

[49] Mensaje presidencial Nº 432-359 (2012), pp. 22-23.

Por su parte, a la hora de tratar sobre el recurso de apelación, el anterior Mensaje presidencial Nº 398-357 (18.5.2009, *Boletín* Nº 6567-07), señalaba lo siguiente: "Así, el recurso de reposición procederá en contra de los decretos y de las sentencias interlocutorias, en tanto que la apelación sólo tendrá lugar en contra de las sentencias definitivas, las sentencias interlocutorias que pusieren término al juicio o hagan imposible su continuación, las resoluciones que ordenen el pago

Llama la atención que el Proyecto declare que las soluciones contenidas en este constituirían el resultado de una implementación del derecho al recurso, exigido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Veremos más adelante cómo es que, precisamente, este punto es criticado.

En cuanto al recurso de apelación, estimamos que resulta de interés centrar nuestra mirada en torno a dos puntos. Por una parte, en lo que respecta a las resoluciones susceptibles del recurso (a). Por otra, en cuanto a los propósitos por las cuales procede (b).

(a) Resoluciones recurribles

La posición en que se sitúa el proyectado recurso de apelación es más bien limitativa, según se constata en el inc. 1° del art. 380 del proyecto. Dice la norma:

> "Resoluciones recurribles. El recurso de apelación sólo tendrá lugar en contra de las sentencias definitivas, de las sentencias interlocutorias que pusieren término al juicio o hagan imposible su continuación, las que se pronunciaren respecto de la admisión o denegación de la intervención de un tercero, las que ordenen el pago de costas por un monto superior a cien Unidades Tributarias Mensuales, las que desechen la incompetencia del tribunal, las que resuelvan acerca de la inhabilidad del juez o de falta de debido emplazamiento del demandado y las que se pronuncien sobre el otorgamiento, alzamiento, modificación, sustitución o cualquiera otra materia en relación con una medida cautelar, todas ellas pronunciadas por el tribunal de primer grado jurisdiccional. Todas las demás resoluciones serán inapelables, a menos que la ley dispusiere lo contrario"[50].

de costas por un monto superior a 100 UTM y las que se pronuncien sobre el otorgamiento, rechazo, modificación y alzamiento de medidas cautelares, todas dictadas en primera instancia. Serán también apelables las sentencias dictadas en segunda instancia, que declararen de oficio la falta de jurisdicción o de competencia absoluta para conocer de un asunto. Todas las demás resoluciones serán inapelables, a menos que la ley dispusiere lo contrario". "Este recurso, a diferencia del establecido en el actual Código de Procedimiento Civil, tendrá un objeto mucho más amplio, no limitado a la modificación o revocación de la sentencia, sino que podrá incluir la declaración de nulidad, ya sea del procedimiento o de la propia sentencia. Así, se señala que el objeto del recurso será obtener del tribunal superior respectivo, que enmiende o revoque conforme a derecho la resolución del inferior, total o parcialmente, con base precisa en los fundamentos de las pretensiones formuladas ante el tribunal inferior, pudiendo alegarse además, o bien exclusivamente, la infracción a normas o garantías procesales cometidas en la primera instancia, para obtener la invalidación del juicio y de la resolución respectiva, o solamente de ésta, y ello por las causales específicas señaladas. En este último caso el recurrente expresará en capítulos separados los motivos que justifiquen la enmienda o revocación, de aquellos que justifiquen la invalidación del juicio oral y de la resolución respectiva o sólo de esta, pudiéndose hacer valer la pretensión de enmienda o revocación, sólo en subsidio de la de invalidación".

[50] En el proyecto de ley del año 2009, se contenía en el art. 335: "Resoluciones Recurribles. El recurso de apelación sólo tendrá lugar en contra de las sentencias definitivas, las sentencias interlocutorias que pusieren término al juicio o hagan imposible su continuación,

Como se observa en esta resolución, el margen de procedencia del recurso de apelación se hace sumamente limitativo, lo cual coincidiría con el diagnóstico formulado por algunos autores[51]. Sin embargo, viene a constituir una morigeración de un criterio más extremo que se propone por autores como el profesor Núñez, según el cual debería avanzarse hacia la supresión de la doble instancia por estimársela supuestamente contraria a los principios de oralidad, inmediación, concentración y con el sistema de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica[52].

Si bien sigue manifestándose formalmente el sistema procesal civil como uno de doble instancia, las restricciones tuvieron lugar seriamente en el caso de las resoluciones menores, las cuales especialmente vienen en controlar la sustanciación regular del procedimiento.

De este modo, se mantiene la idea de que las Cortes de Apelaciones puedan conocer tanto del hecho como del derecho, de modo que se mantiene como concepto el que un tribunal colegiado pueda revisar si el tribunal inferior pudo hacer una adecuada ponderación de los medios de prueba a partir de los cuales determinó el derecho aplicable al caso en concreto, pero no mantiene la idea de permitir la procedencia del recurso de apelación para impugnar ciertas actuaciones que, si bien pueden considerarse secundarias en la tramitación del procedimiento, tienen relevancia para juzgar la legitimidad de las actuaciones procesales que ha desplegado.

(b) Propósitos

Los propósitos perseguidos en virtud del recurso de apelación se encuentran compuestos de lo que, a nuestro juicio, sería la hipótesis corriente (i) y el caso especial (ii).

(i) Regla general

En cuanto a la hipótesis corriente, se encuentra señalada en el inc. 1º del art. 379 del n*CPCCh.*, que dice:

> "Objeto del recurso. El recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo, que enmiende o revoque conforme a derecho la resolución del inferior, total o parcialmente, con base precisa

las resoluciones que ordenen el pago de costas por un monto superior a 100 UTM y las que se pronuncien sobre el otorgamiento, rechazo, modificación y alzamiento de medidas cautelares, todas dictadas en primera instancia. Serán también apelables las sentencias dictadas en segunda instancia, que declararen de oficio la falta de jurisdicción o de competencia absoluta para conocer de un asunto. Todas las demás resoluciones serán inapelables, a menos que la ley dispusiere lo contrario".

[51] González (2007), p. 557.

[52] Núñez (2007), p. 689.

> en las pretensiones, excepciones o defensas formuladas en su caso, ante el tribunal inferior"[53].

En tenor de esta disposición, vemos que continúa consagrando la causal genérica del recurso de apelación, que había consagrado hasta el momento el *Código de Procedimiento Civil*, aunque introduciendo una innovación en lo que respecta a las peticiones formuladas ante el tribunal inferior.

(ii) Caso especial:
Infracción de derechos y garantías procesales

La innovación que ha sido planteada para el recurso de apelación se encuentra en la inserción de una tercera y nueva causal, contemplada en el inc. 2º del art. 379 del n*CPCCh.*, según el cual:

> "Podrá alegarse además, o bien exclusivamente, la infracción a normas que consagren derechos o garantías procesales cometidas en primer grado jurisdiccional, para obtener la invalidación del juicio y de la resolución respectiva o solamente de ésta, y ello por las causales específicas señaladas en este Título. En este último caso el recurrente expresará en capítulos separados los motivos que justifiquen la enmienda o revocación, de aquellos que justifiquen la invalidación del juicio y de la resolución respectiva o sólo de esta. Con todo, la pretensión de enmienda o revocación, sólo se podrá hacer valer en subsidio de la de invalidación"[54].

Puede observarse que el recurso de apelación ha sido extendido hacia aspectos de naturaleza estrictamente formal, que podemos denominar de manera genérica *infracciones a las garantías procesales*.

De acuerdo con la lógica seguida por el *Código de Procedimiento Civil*, la apelación autoriza directamente un conocimiento del hecho y del derecho aplicado en la resolución de un determinado asunto, y usualmente se refiere a asuntos que son de fondo, no de forma. Pues bien, la apelación se autoriza para ser ejercitada de manera específica y eventualmente exclusiva

[53] En el proyecto de ley del año 2009, se contenía en el inc. 1º del art. 334: "Objeto del Recurso. El recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo, que enmiende o revoque conforme a derecho la resolución del inferior, total o parcialmente, con base precisa en los fundamentos de las pretensiones formuladas ante el tribunal inferior".

[54] En el proyecto de ley del año 2009, se contenía en el inc. 2º del art. 334: "Podrá alegarse además, o bien exclusivamente, la infracción a normas o garantías procesales cometidas en la primera instan-cita, para obtener la invalidación del juicio oral y de la resolución respectiva, o solamente de ésta, y ello por las causales específicas señaladas en este Título. En este último caso el recurrente expresará en capítulos separados los motivos que justifiquen la enmienda o revocación, de aquellos que justifiquen la invalidación del juicio oral y de la resolución respectiva o sólo de esta. Con todo, la pretensión de e*nmienda o revocación, sólo se podrá hacer valer en subsidio de la de invalidación*".

para atacar la comisión de ciertas infracciones de la forma de sustanciación del proceso y de la resolución llamada a terminar con la controversia.

En los hechos, por vía de esta nueva causal se ha producido fusión entre el recurso de apelación y el de casación en la forma[55], creándose, en los hechos, una forma que recuerda al recurso de nulidad existente en materia penal y laboral en la actualidad[56]. Esto queda de manifiesto si se toma en cuenta las causales por las cuales tiene procedencia, muchas de las cuales se han reiterado, según consta del siguiente cuadro comparativo:

| Causales del recurso de casación en la forma según el art. 768 del *CPCCh*. | Causales del recurso de apelación por infracción de las garantías judiciales según el art. 381 nCPCCh. |
|---|---|
| *CPCCh.*, art. 768**:** El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: | n*CPCCh.*, art. 381: Causales específicas del recurso. Cuando el recurso de apelación se fundamente en la infracción a las normas que consagren derechos o garantías procesales cometidas en el primer grado jurisdiccional, deberá alegarse y configurarse una o más de las siguientes causales: |
| 1 En haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley; | a) Que la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, carente de jurisdicción o no integrado por jueces designados de conformidad a la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez al que la ley le prohibiere intervenir en razón de haberse declarado o encontrase pendiente su declaración de inhabilidad en conformidad a la ley; y cuando hubiere sido pronunciada por un juez con infracción a lo previsto en el artículo 202. |
| 2 En haber sido pronunciada por un juez, o con la concurrencia de un juez legalmente implicado, o cuya recusación esté pendiente o haya sido declarada por tribunal competente; | |
| 3 En haber sido acordada en los tribunales colegiados por menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley o con la concurrencia de jueces que no asistieron a la vista de la causa, y viceversa; | |
| 4 En haber sido dada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley; | d) Que la sentencia se hubiere dictado ultrapetita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extrapetita, esto es, extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley; |

[55] Correa (2013), p. 231.
[56] Palomo (2010), pp. 164-165.

| | |
|---|---|
| 5 En haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170; | c) Que en la sentencia definitiva se hubieren omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 206 números 4), 5) 6), en los casos que ellos fueren exigibles, y 7), o bien, que en las sentencias interlocutorias se hubiere omitido su fundamentación al tenor de lo previsto en el artículo 205; |
| 6 En haber sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio; | b) Que la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio; |
| 7 En contener decisiones contradictorias; | e) Que la sentencia contenga fundamentos o decisiones contradictorios; |
| 8 En haber sido dada en apelación legalmente declarada desierta, prescrita o desistida, y | |
| 9 En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad. | f) Que se hubiera omitido el emplazamiento del demandado en la forma prevista en el artículo 260 o la citación de las partes para la audiencia preliminar o para la audiencia de juicio; |
| | g) Que se hubieran rechazado diligencias probatorias ofrecidas oportunamente, hubieren sido rechazadas en forma indebida o se hubieren rendido esas diligencias en una forma no prevista en la ley; y, |
| | h) Que, en general, no se hubiere respetado los derechos y garantías procesales de las partes, dejándolas en la indefensión. |
| | No será admisible el recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia definitiva cuando se funde en un vicio o causal específica de impugnación que ya hubiere sido objeto de un recurso de apelación deducido en contra de una sentencia interlocutoria durante el procedimiento*. |

* En el proyecto de ley del año 2009, se contenía en el art. 336: "Causales Específicas del Recurso. Cuando el recurso de apelación se fundamente en la infracción a las normas o garantías procesales cometidas en la primera instancia, deberá alegarse y configurarse una o más de las siguientes causales: a) Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, carente de jurisdicción o no designado de conformidad a la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez o con la concurrencia de un juez legalmente implicado o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente; y cuando

Puede observarse que el recurso de apelación por la causal que estamos analizando, se ha incrementado notoriamente en cuanto a las causales, ahondando en todo caso en el perfil en el cual se quiere concentrar. Por lo demás, esta propuesta que era apoyada por algunos autores[57], planteaba como ventaja la de simplificar el método de impugnación sin provocar en el proceso la eliminación o reducción de los motivos que justifican su procedencia[58]; de hecho, esas causales aparecen ahora fuertemente incrementadas.

### 1.2. Recurso extraordinario

Otra importante modificación introducida por el proyecto consiste en la eliminación del recurso de casación en el fondo, para reemplazarlo por el llamado *recurso extraordinario*[59].

De acuerdo con lo explicado en el Mensaje presidencial con que fue acompañado el proyecto de nuevo *Código Procesal Civil*:

> "Finalmente, en lo que sin duda constituye una de las innovaciones más importantes que contempla el Código, se reemplaza el actual recurso de casación en el fondo, por un recurso extraordinario a través del cual se fortalece el rol del Corte Suprema como máximo tribunal de la República encargado de preservar los derechos fundamentales y de dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los tribunales del país.

hubiere sido pronunciada por un juez que no hubiere asistido a la audiencia de juicio; b) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia, pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio; c) Cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 310 números 4) 5) y 6), en los casos que estos requisitos fueren exigibles; d) Cuando la sentencia se hubiere dictado ultrapetita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley; e) Cuando la sentencia contenga fundamentos o decisiones contradictorias; g) Cuando se hubiera omitido el emplazamiento del demandado para la contestación de la demanda, la citación de las partes para la audiencia preliminar o la audiencia de juicio; h) Cuando se hubieran omitido diligencias probatorias ofrecidas oportunamente o hubieren sido rechazadas en forma indebida; i) Cuando se hubieren rendido diligencias probatorias en una forma no prevista en la ley; y, j) En todos aquellos casos de impedimentos o entorpecimientos infundados que hubieran imposibilitado que la parte conociera las diligencias probatorias decretadas, participare en la rendición de la prueba o ejerciera su derecho de contradicción".

[57] Así González (2007), p. 557.

[58] *Ibid.*

[59] Un comentario del recurso extraordinario, a la luz de los antecedentes históricos y comparados tenidos en cuenta para su formación, en Romero (2014a), pp. 64-70. Se advierte que la eliminación del recurso de casación en el fondo tendría como antecedente las ideas propuestas por el profesor Raúl Tavolari Oliveros, y su sustitución por el recurso extraordinario, en la redacción seguida por los profesores Cristián Maturana Miquel y Raúl Tavolari Oliveros. Cfr. Rojas (2010), p. 318.

> La Corte podrá avocarse al conocimiento de un asunto siempre que concurra un interés general que haga necesaria su intervención y ello con base en un sistema amplio de tipificación de causales que justifiquen ese interés general.
>
> Se introducen, asimismo, criterios de discrecionalidad en la admisibilidad del recurso, de manera que corresponderá a la sala respectiva de la Corte Suprema decidir, soberanamente, si las razones invocadas por el justiciable cualifican o no con ser de interés general, y por ende si amerita avocarse o no al conocimiento del asunto"[60].

(a) Resoluciones recurribles

Se trata de un recurso que procede solo en contra de

> "las sentencias definitivas e interlocutorias, inapelables, que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones" (n*CPCCh.*, art. 406)[61].

En lo que respecta a la clase de resoluciones en contra de las cuales se declara procedente, corresponden prácticamente a aquellas por las cuales era procedente el recurso de casación en el fondo. Como se verá a continuación, los cambios se producirán más bien respecto de los supuestos en contra de los cuales viene en reaccionar.

(b) Propósitos

El perfil asignado al recurso extraordinario difiere sustancialmente respecto del seguido por el recurso de casación en el fondo, limitando la actividad de

[60] *Mensaje Presidencial* Nº 432-359 (2012), p. 23.

El anterior *Mensaje Presidencial* Nº 398-357 (18 de febrero de 2009, *Boletín* 6567-07), señalaba lo siguiente: "Finalmente, en lo que constituye el más importante cambio en materia de recursos, este Código introduce el denominado Recurso Extraordinario, el que tendrá por objeto que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia con ocasión de una sentencia notoriamente injusta para el recurrente. El recurso además tendrá por objeto revocar la sentencia impugnada si se han vulnerado sustancialmente garantías constitucionales y solo procederá en contra de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, inapelables, y que hayan sido dictadas por Cortes de Apelaciones". "La función de la Corte Suprema, entonces, será preservar la coherencia y unidad de los criterios de decisión en los tribunales del país en virtud de este recurso extraordinario, pudiendo ejercer su función de unificación cuando la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme; la jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí, no existiere jurisprudencia sobre la materia, o nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial". "Con todo, la Corte Suprema seleccionará para su conocimiento sólo aquellos casos que, cumpliendo con los requisitos anteriores, revistan interés público a juicio de a lo menos tres de sus ministros".

[61] En el proyecto de ley del año 2009, se contenía en el art. 355: "Sentencias recurribles. El recurso sólo procederá en contra de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, inapelables, dictadas por Cortes de Apelaciones".

la Corte Suprema hacia la de un papel estrictamente de *garante de la jurisprudencia*. Veamos cómo se manifiesta este propósito.

El objetivo del recurso extraordinario se ha hecho radicar en el tenor del art. 405 del n*CPCCh*., el cual expresa:

> "Objeto. El agraviado por una sentencia podrá ocurrir excepcionalmente ante la Corte Suprema con los propósitos que en este Título se señalan y cumpliéndose los requisitos que se indican, para solicitarle que se avoque al conocimiento del asunto por estimarse afectado un interés general"[62].

Las manifestaciones de cambio se producen, precisamente, en cuanto a la causal por la cual se declara procedente. Esto, porque mientras el recurso de casación en el fondo se declaraba procedente frente a una *infracción de ley* o un *error de derecho*, entendiéndose que en la dictación de la sentencia definitiva inapelable se había cometido tal defecto sustancial, el recurso extraordinario viene en reaccionar solo en caso que se estime afectado *un interés general*, el cual se encuentra descrito por el art. 409 del n*CPCCh*.

> "Interés general. La Corte Suprema determinará avocarse al conocimiento del asunto cuando la mayoría de los miembros de la sala respectiva estime que concurre un interés general que haga necesaria su intervención.
> "Sólo podrá estimarse que concurre un interés general para avocarse al conocimiento del asunto en los siguientes casos:
> a) Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y;
> b) En caso que considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial".

Cabe precisar que se produjo una importante modificación en este punto, en relación con el proyecto original ingresado en 2009. En el mismo, decía su art. art. 359, titulado C*ertiorari*, que

> "la Corte Suprema seleccionará para su conocimiento sólo aquellos casos que, cumpliendo con los requisitos anteriores, revistan interés público a juicio de a lo menos tres de sus ministros".

[62] En el proyecto de ley del año 2009, se contenía en el art. 353: "Objeto del Recurso. [inc. 1°] El recurso extraordinario tiene por objeto que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia con ocasión de una sentencia notoriamente injusta para el recurrente. Se interpondrá directamente ante la Corte Suprema y lo fallado por ella será irrecurrible. [inc. 2°] El recurso además tendrá por objeto revocar la sentencia impugnada si se han vulnerado sustancialmente garantías constitucionales".

La norma ha previsto un requisito de admisibilidad especial del recurso, que no se contemplaba por el recurso de casación en el fondo, y se lo prevé cuando tienen lugar dos hipótesis.

La primera de ellas consiste de responder frente a la comisión de infracciones esenciales cometidas al tiempo de dictarse la sentencia definitiva o de tramitarse el procedimiento, respecto de un derecho o garantía fundamental contenido dentro del denominado *bloque de constitucionalidad*[63], integrado por la Constitución Política y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes; esto último, una clara relación al tenor de lo dispuesto en el art. 5.º inc. 2.º Const. Pol. Esta clase de causal, que no había sido contemplada en ninguna parte del *Código de Procedimiento Civil* y se la sitúa por primera vez en el texto del actual *Código Procesal Penal*, parece una respuesta normativa a aquella jurisprudencia que rechazaba la procedencia del recurso de protección frente a resoluciones judiciales. Con esto, se termina de contemplar la existencia de un medio específico por el cual se puede reaccionar frente a actos lesivos de los derechos fundamentales que sean cometidos, por lo menos, por las Cortes de Apelaciones. Nótese que se trata de una causal que solo procede frente a las resoluciones emanadas de dichos tribunales, no de los restantes inferiores, de modo que en definitiva seguirá existiendo como pregunta sobre lo que puede hacer el justiciable frente a la vulneración de sus derechos por parte de la administración de justicia, y si procede en definitiva en su contra un recurso o acción de protección.

En lo que respecta a la segunda causal del recurso extraordinario, se verifica un importante cambio del papel que desplegaba la Excma. Corte Suprema, y que marca un proceso de transición que se podría considerar justificado en *la acumulación insoportable de asuntos*; desde el de protector del ordenamiento jurídico por vía de la casación de la sentencia contraria a derecho, a otro modelo en que la única labor relevante de su cargo sería la de crear una jurisprudencia uniforme[64]. Llamada a conocer en el caso concreto de la aplicación conforme del derecho al caso concreto, ahora se la sitúa en una función de resguardo de la jurisprudencia, ya que ahora solo procede en caso que se estime necesario "fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial".

[63] Sobre el bloque de constitucionalidad y su implementación en el Derecho chileno, pueden consultarse Nogueira (1997), pp. 85-88; Nogueira (2006), pp. 244-259.

[64] Para el Derecho español, es el diagnóstico que formuló Nieva (2009), p. 419. Se ha venido en insistir sobre la existencia de una *crisis* en materia de recurso de casación, derivado de problemas de exceso de carga en la actividad de los Tribunales Superiores que conocen de dichos recursos, pero existe una fuerte desconfianza sobre si la sustitución de esta clase de recursos será la respuesta más apropiada o conveniente. Una discusión sobre el asunto, en Taruffo (2007) y Silva (2014).

Como se verá, el objeto de atención del recurso extraordinario es la *doctrina jurisprudencial*. Deja de ser una mera corrección del derecho aplicable al caso, y pasa a tener las capacidades de crear, uniformar, aclarar o modificar una interpretación jurisprudencial seguida hasta el momento. Se explicita ahora el papel de la Corte Suprema en su tarea de uniformar la jurisprudencia, la cual, parcialmente, había quedado consagrada en el antiguo *Código de Procedimiento Civil*[65].

En este punto, hubo una suerte de actitud más conservadora respecto de la unidad de la jurisprudencia a la cual aspiraba. Esto, porque si la comparamos con el proyecto 2009, nos damos cuenta que, inicialmente, estaba siendo considerada una actitud mucho más radical. Se decía en ese proyecto:

> "Unificación de la Jurisprudencia. La función de la Corte Suprema es preservar la coherencia y unidad de los criterios de decisión en los tribunales del país en virtud del recurso extraordinario. En consecuencia, ejercerá su función de unificación cuando:
> a) La sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme.
> b) La jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí.
> c) No existiere jurisprudencia sobre la materia.
> d) Nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial".

La determinación de la existencia de un *interés general* quedará determinado por la misma Corte Suprema, la que seleccionaría libremente[66], lo cual hace bajo la categoría jurídica del *certiorati* (*selección previa del caso*)[67].

### *§ 2. Papel que desempeña el Tribunal Superior de Justicia y el significado de la reforma en los recursos procesales*

El resultado de las reformas que se proponen para los recursos significa en los hechos el aparente incremento de las facultades de las Cortes de Apelaciones (2.1.), a costa de un reduccionismo de la participación de la Corte Suprema (2.2.).

Esta clase de decisiones tiene un impacto en la perspectiva que puedan asumir los tribunales inferiores, sobre lo cual trataremos de explicar hacia el final (2.3.).

[65] La principal crítica formulada a los papeles otorgados a la Corte Suprema consiste en que estas funciones mencionadas en el Proyecto son una tarea de los doctrinadores, no de los jueces. En este sentido: Rodríguez (2014), p. 19.

[66] Rojas (2009), p. 162; Silva (2014), p. 53.

[67] Rojas (2010), p. 342. Un análisis descriptivo de la figura, en Delgado (2010).

### 2.1. En cuanto al papel y funciones de las Cortes de Apelaciones

Si discutimos la cuestión solamente en lo que respecta a las facultades conferidas y la posibilidad de revisión de lo resuelto por el respectivo Tribunal, vemos que el protagonismo del proceso civil lo tendrán a partir de ahora las respectivas Cortes de Apelaciones.

De acuerdo con la reforma proyectada, las Cortes de Apelaciones pasan a controlar en forma exclusiva la observancia de la forma en que los procedimientos han sido implementados por las partes. Esto ha sido el resultado, precisamente, de la fusión entre el recurso de apelación y el de casación en la forma, y plantea como efecto el que no proceda la casación en la forma en contra de lo que se resuelva por la Corte.

El resultado final de esta reforma ha sido que el examen formal que la Corte de Apelaciones brinda no podrá ser nuevamente discutido ante la Excma. Corte Suprema, quedando radicado, definitivamente, el control de los aspectos procedimentales en manos de este tribunal de segunda instancia.

#### (a) Aspectos positivos

Considerando los aspectos positivos de la reforma, ella supone un desafío para las Cortes de Apelaciones, ya que estas quedarán en calidad de exclusivas garantes de la aplicación conforme del procedimiento seguido por las partes, y de supervigilar el respeto a las reglas de tramitación que hagan los tribunales inferiores.

Constituye una reforma positiva la fusión de los recursos de apelación y casación en la forma, en el entendido de que esto simplifica los trámites de acceso ante los Tribunales Superiores de Justicia, provocando en consecuencia la eliminación de aquellos engorrosos requisitos a los que se encontraba sujeta la casación formal.

¿Qué clase de grave alteración se produjo en los hechos por esta reforma? Ya se advertía en la jurisprudencia la presencia de casos en los cuales eran interpuestos, conjuntamente, los recursos de apelación y casación en la forma, conforme lo autoriza el *Código de Procedimiento Civil*, en los cuales resultaban rechazadas las casaciones formales en el entendido que coincidían con los objetivos perseguidos por el recurso de apelación. Esta clase de resolución no constituye propiamente la manera en que la ley llama a conocer y resolver esos recursos; primero debe resolverse el recurso de casación en la forma, y acogerse en caso de identificar un vicio de tramitación.

Otro factor que contribuyó en los hechos a la fusión de los recursos de casación en la forma y apelación consistió en que diversas resoluciones, en que se cometían vicios de carácter formal, eran susceptibles solo de recurso de apelación, en vez de la casación en la forma. Con ello, queda demostrado que la dinámica de la apelación no queda reservada para el fondo de la con-

troversia, sino también sirve para la corrección del procedimiento, de modo que esta innovación no sería tan exagerada.

(b) Dificultades

Una de las dificultades que se especula engendraría la reforma procesal civil consiste de la disminución de las hipótesis por las cuales procede el recurso de apelación.

Si se razona que el único recurso por el cual el tribunal superior podría intervenir en la causa, a fin de ordenar la corrección de la tramitación seguida en primer grado, entonces el efecto o consecuencia que se derivaría consiste que varios asuntos para los cuales podría ser necesaria su interposición, ahora ya no será posible. La única manera por la cual se corregirán un gran porcentaje de errores de tramitación quedará radicada, exclusivamente, ante el mismo tribunal que incurrió en dichos errores.

La ausencia de un control mediante apelación crea un escenario de vacío que los jueces inferiores podrían aprovechar para el ejercicio de potestades, con vulneración de las propias reglas de tramitación.

Este acto de confianza del sistema hacia los tribunales inferiores plantea, igualmente, un desafío, puesto que tendrán como exclusiva responsabilidad la de velar por el adecuado respecto al proceso judicial. Desafortunadamente, tenemos razones para sospechar, a la luz de las experiencias habidas en las reformas a la justicia de familia y laboral, que los jueces de primer grado, si no cuentan con una adecuada preparación en materia procesal, aprovecharán la improcedencia del recurso de apelación para sustentar y consentir en actuaciones que eventualmente se alejen de los requisitos contemplados en la ley procesal.

Respecto de esta crítica, sostenemos que, contando con un ámbito en que solo procede recurso de reposición, existe riesgo de actuaciones discrecionales.

Podría pensarse en contra de estas notas críticas que los actuales marcos del proceso civil en vigencia consienten en trámites dilatorios y sumamente lentos, y entre los factores que se cuentan contribuyendo a dicho estado, se encontraría la excesiva procedencia del recurso de apelación. De acuerdo con la misma, debería sostenerse que una pluralidad de recursos impide que las materias puedan ser resueltas prontamente.

Sin embargo, esta crítica no puede asumirse de manera inmediata. La gran mayoría de asuntos en que procede el recurso de apelación, como medio de impugnación de resoluciones judiciales secundarias, no permiten la suspensión de lo obrado en cuerda principal e, incluso, se tratan a ratos de resoluciones que no son susceptibles de recurso alguno o no procede apelación respecto de ellos[68]. Lo anterior significa que la gran mayoría de las

[68] Observan esta particularidad Alvarado & Oakley (2011), p. 689.

resoluciones admiten apelación efecto devolutivo. Dada la forma de tramitación de estos recursos, en nada afectan la marcha del proceso, y solo vienen en afectarla en caso de acogerse dichos recursos.

Por otro lado, cabe observar que, incluso aquellos autores que consienten en que no todas las resoluciones del proceso admitan recursos, observan con resignación que

> "habrá que buscar –otra vez imaginación mediante– un sistema que permita la ulterior revisión del agravio actual que no tolera alzamiento inmediato"[69].

Algunos autores, desafortunadamente sin muchas explicaciones, señalan que la confusión entre la apelación y la casación formal, las cuales responden a tradiciones jurídicas y propósitos distintos, provocan en los hechos que las ideas bajo las cuales se estructure el nuevo recurso puedan *extraviarse*[70].

Finalmente, los autores que han defendido el sistema de doble instancia, particularmente a propósito de la procedencia del recurso de apelación, indican que

> "es preferible que los juicios demoren un poco más en su sustanciación, pero que a través de ellos pueda asegurarse a las partes que el asunto controvertido será debidamente estudiado por dos tribunales diferentes, los que tratarán de resolver en la forma más justa que la ley permita"[71].

El tiempo no siempre lo es todo.

### *2.2. En cuanto al papel y funciones de la Corte Suprema*

#### (a) Innovaciones

Los cambios más radicales en materia de recursos procesales se encuentran en aquellos que eran del conocimiento de la Excma. Corte Suprema. Como consecuencia de estas reformas, se propone la eliminación del recurso de casación en la forma en contra de las resoluciones dictadas por las Cortes de Apelaciones. También se proyecta la eliminación del recurso de casación en el fondo, y su sustitución por un *recurso extraordinario*[72].

Este cambio significa la imposibilidad inicial a la cual se encuentra este Tribunal para controlar el derecho aplicado en un caso concreto, y en su

[69] Alvarado & Oakley (2011), p. 689.

[70] Rojas (2009), pp. 160-161.

[71] Pfeiffer (1998), p. 15.

[72] Esta reforma ha causado particular molestia en algunos autores. A modo de ejemplo, Rodríguez (2014); Rojas (2014); Tavolari (2014a).

lugar se autoriza solo si estima que existe un interés general comprometido, entre los cuales se cita la necesidad de ajustar la sentencia a una jurisprudencia ya existente, o se pretenda crear o modificar dicha jurisprudencia.

Este modelo replica el esquema adoptado en el proceso laboral vigente, contenido en materia del recurso de unificación de jurisprudencia. La reforma significa que la Excma. Corte Suprema se dedicará solo a resguardar la jurisprudencia existente.

Se trata de un enorme cambio a la lógica a la cual se encontraba sujeta la Teoría General del Derecho, ya que consagra a la jurisprudencia como una fuente formal del Derecho. Y este efecto se produce porque, si se estima que el fallo de segundo grado ha vulnerado esta jurisprudencia, el fallo deberá ser invalidado por la Corte, y deberá resolverse el caso de la misma forma que se observa en dicha jurisprudencia.

Esta clase de modelo significa una ruptura evidente con el principio de efecto relativo de las sentencias judiciales, consagrado en el *Código Civil* chileno. No obstante ello, creemos que se trata de una reforma que viene en sincerar el estado jurídico del recurso de casación en el fondo, el cual era concebido doctrinariamente como un mecanismo de unificación de la jurisprudencia, y ahora se explicitará esa función por vía de dirimir entre visiones judiciales contradictorias. A partir de esta reforma se podrá decir, a ciencia cierta, si la jurisprudencia será entendida definitivamente como una fuente formal del derecho. A nuestro juicio, la respuesta afirmativa resulta evidente.

La reforma podría estimarse positiva si se piensa que el ejercicio del recurso de casación en el fondo se convertía, en los hechos, de instaurar una etapa procesal en la cual la sentencia definitiva no podía ser cumplida en virtud de la interposición del recurso. En los hechos, la práctica forense fue edificando este recurso como una fórmula extravagante similar a la de una *instancia*, sin tratarse de una tal por no existir discusión de los hechos que fueron acreditados por los tribunales de fondo.

En la práctica, la interposición de un recurso de casación en el fondo era concebida como un instrumento dilatorio dispuesto por la ley a fin de ganar tiempo para el cumplimiento de la sentencia, asumiéndose que esta se confirmará en definitiva[73]. Siendo así, se podría sostener que la reforma introduce en este punto una dosis de celeridad, de modo que se limite, precisamente, este propósito fáctico, al restringir los casos en que pueda intervenir el máximo tribunal de la república[74].

[73] Coincide en el diagnóstico Tavolari (2007), p. 47.

[74] En definitiva, se persigue que el juicio termine a todo costo, a la mayor velocidad posible. *Cfr*. Rojas (2009), p. 162.

(b) Dificultades

Una de las características del recurso de casación en el fondo, en la lógica en que actualmente existe, consiste en servir como un medio de encauzamiento de la interpretación de la ley general en el caso concreto, de modo tal que la Excma. Corte Suprema pretende por esta vía la corrección de la interpretación de la ley.

Fuera de las exigencias formales, se trata de un recurso que pretende señalar un esfuerzo de compromiso en el caso concreto, por vía de encauzar el debido entendimiento de la norma legal, sin necesidad que se trate de una infracción de una determinada jurisprudencia ya existente[75]. Por lo pronto, esta diferencia queda del todo clara cuando se distingue el supuesto normal de recurso de casación en el fondo que es conocido por la respectiva Sala de la Corte, respecto de aquellos casos de casación en el fondo que son conocidos por el Pleno. E incluso este último caso ha sido diseñado por el *Código de Procedimiento Civil* como un medio de resolver disputas interpretativas en las cuales existe disparidad de criterios, lo cual no necesariamente supone jurisprudencia, entendida esta última como una reiteración de una determinada doctrina judicial.

De este modo, las opciones actuales de la casación en el fondo consisten de dos. La primera de ellas es la de adecuar la interpretación de la ley efectuada en el caso concreto por los tribunales de fondo. La segunda es dirimir controversias sobre interpretación jurisdiccional de la ley, advirtiéndose que la Corte Suprema ha tenido interpretaciones distintas sobre la materia objeto del recurso (*CPCCh.*, art. 780). Bajo el modelo vigente, se trata de un instrumento de unificación de la jurisprudencia que emana de la misma Corte Suprema, no de las restantes Cortes de Apelaciones[76], y que en los hechos trastorna el sistema de fuentes del Derecho chileno, al atribuir efectos generales a las sentencias que se dicten, eventualmente, por la Corte Suprema[77], sin provocar alteración alguna al tenor de lo previsto en el art. 3.º inc. 2.º del *CCCh*.

En los términos previstos por la reforma, el papel de la Excma. Corte Suprema en la aplicación e interpretación de la ley en el caso concreto se reduce a la de corregir o modificar o alterar jurisprudencia ya existente. El acceso a este, en virtud de las causales para las cuales ha sido previsto, lo hacen un recurso sumamente excepcional y de difícil acceso[78].

El resultado concreto de este cambio es que la creación de la jurisprudencia quedará primeramente a cargo de las Cortes de Apelaciones, lo

[75] En un sentido similar, se ha dicho que el recurso extraordinario viene en instaurar un *divorcio definitivo* entre la judicatura y la población. Así, Rodríguez (2014), p. 19.

[76] Como lo pone en evidencia la doctrina, los fallos contradictorios solo pueden emanar de la Corte Suprema, no de otros tribunales. Por todos: Mosquera & Maturana (2013), p. 319.

[77] Alvear & Covarrubias (2013), p. 32.

[78] En este sentido: Alvear & Covarrubias (2013), p. 33; Rojas (2010), p. 340.

cual plantea como problema lo que podría ocurrir cuando cada una de estas jurisdicciones pretenda imponer su propia interpretación de la ley.

Asimismo, desde la óptica estructural de la variación de las metas perseguidas por el recurso extraordinario, ha supuesto una confusión entre el medio, cual era la uniformización de la jurisprudencia, con el fin que era la protección del ordenamiento jurídico[79].

También se ha criticado la extrañeza de las condiciones para las cuales procede este recurso, ya que se ha convertido desde un recurso de impugnación de razonamientos de carácter civil y comercial, a uno en que razona bajo una lógica constitucionalista, si es que han resultado afectados derechos fundamentales[80]. ¿Qué es lo que protege el recurso? ¿La aplicación de la ley o los derechos fundamentales de las partes? ¿Y qué hay del recurso de protección? ¿Será acaso una manifestación de un *sentimiento de culpa* derivado de la improcedencia del recurso de protección en contra de resoluciones judiciales, que engendró la ampliación de un recurso de naturaleza civil a cuestiones constitucionales?

Algunos autores han sostenido que la potestad de la Corte Suprema para determinar cuándo existe un interés general comprometido, el cual permite que el recurso sea declarado admisible, constituiría *una clara denegación de justicia*, la cual se presta para la comisión de arbitrariedades, en términos análogos a lo que ocurre en materia penal con el recurso de nulidad[81].

Otro punto secundario en que tiene lugar la reforma a la competencia de la Excma. Corte Suprema es mediante la eliminación del recurso de casación en la forma que se dirigía en contra de las resoluciones judiciales dictadas por las Cortes de Apelaciones. El primero carece de la facultad inicial para conocer de la vulneración de eventuales requisitos formales de tramitación en manos de los segundos. Aunque se trate de un tribunal colegiado, la posibilidad de error judicial se hace igualmente presente en este punto[82].

Sobre este punto, trata el profesor Mario Rojas Sepúlveda:

> "¿Qué sentido y qué ventaja se deriva de una ficticia presunción de derecho de regularidad formal del fallo de segundo grado? Una vez más, la pretensión de rapidez en la resolución del conflicto sepulta las

[79] Nieva (2009), p. 420.

[80] En este sentido: Alvear & Covarrubias (2013), p. 33.

[81] Correa (2013), p. 232.

[82] Algunos autores manifiestan su tranquilidad que la experiencia de los integrantes de las Cortes de Apelaciones *hacen más difícil* en que se equivoquen. Así se pronuncia Pfeiffer (1998), p. 2.

Pero el que sea más difícil no significa que no existan esa clase de errores. Tan sólo una manifestación; si tales errores no existieran, entonces ¿cómo se explica que existan sentencias dictadas por Cortes de Apelaciones que son invalidadas mediante recursos de casación en la forma e incluso casaciones de oficio por parte de la Corte Suprema?

> exigencias más básicas del control de regularidad formal de los fallos. Si una multiplicidad de fallos anulatorios de la Corte Suprema demuestra que las Cortes de Apelaciones suelen obviar esas exigencias formales mínimas, ¿es que se pretende que un proyecto transformará en necesariamente ajustados a las exigencias del debido proceso unos fallos que frecuentemente las omiten?
>
> Me parece que esta abrogación presenta una extraordinaria gravedad, que esa experiencia concreta demuestra y que es más reprochable en un país en que las decisiones del Poder Judicial no se someten al control garantístico de un Tribunal Constitucional exógeno"[83].

El efecto de *repliegue* que han identificado algunos autores del recurso de casación en el fondo[84], a favor del recurso de apelación, significaría en los hechos que la Corte Suprema dejaría de investir la cabeza de la pirámide organizacional, quedando las Cortes de Apelaciones por sobre su superior jerárquico, desde el momento que estos últimos tendrían la decisión final del asunto[85]. Asimismo, se denuncia que por las facultades que le son conferidas estaría incluso invadiendo la competencia del Tribunal Constitucional[86].

Nos parece que la crítica deja en evidencia la reducción de los papeles que hemos señalado más atrás, pero discrepamos que en los hechos se alteren las jerarquías constitucionales. La Corte Suprema sigue siendo designada como el único tribunal capaz de efectuar una interpretación conforme de la ley, incluso con la potestad de invalidar las resoluciones dictadas por las Cortes de Apelaciones que se separen de la jurisprudencia.

Otro punto en que sí se trata de una crítica justa es que existían otros mecanismos tendientes a alivianar la carga laboral del máximo Tribunal de la República, sin que para ello fuese necesaria la sustitución del recurso de casación en el fondo; pudo haberse tenido en cuenta alguna clase de factor de cuantía o de materia[87].

En definitiva, el diagnóstico brindado sobre el recurso extraordinario es muy negativo. Se lo tilda de una "mala copia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica"[88]. El propio proyecto se declara el resultado de un proceso de *collage*, en que se han tomado elementos de distintas reformas

[83] Rojas (2009), p. 161.

[84] Se trataría de un progresivo proceso de alejamiento del papel de la Corte Suprema, disminuyendo sus actividades, lo cual, paradójicamente, no se condice con la mantención de su número de integrantes. Cfr. Correa (2013), p. 233.

[85] En este sentido: Rodríguez (2014), p. 18. También se critica que la reforma resta, de manera silenciosa, las funciones a la Corte Suprema, cfr. Tavolari (2014), p. 92.

[86] Alvear & Covarrubias (2013), pp. 33-34.

[87] Correa (2013), p. 232.

[88] Alvear & Covarrubias (2013), p. 33.

procesales[89], en vez de haber optado simplemente por una. En definitiva, un *injerto extranjerizante*, parafraseando al profesor Eduardo Soto Kloss.

### *2.3. Perspectivas de las reformas respecto de la acción de los tribunales inferiores*

Para cerrar el conjunto de comentarios acerca del proyecto de nuevo *Código Procesal Civil*, debemos, igualmente, denunciar qué clases de impactos tendrá la reformulación del papel de los Tribunales Superiores de Justicia en la manera en que se desarrolla la actividad jurisdiccional en primer grado.

Nuevamente, vemos que se trata de una reforma que tiene muchas luces y sombras, algo que es difícil de aceptar respecto de una materia en la cual la corrección del procedimiento resulta clave para que pueda ejercitarse de una manera efectiva el derecho al debido proceso.

Nos parece que una reforma limitativa de los recursos ordinarios vulnera en los hechos los márgenes mínimos previstos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que respecta a los márgenes mínimos del derecho fundamental a tutela judicial efectiva[90].

Aunque se trata de un parámetro que ha sido consagrado respecto de sentencias penales, vemos que de todos modos el derecho al debido proceso legal tiene lugar con prescindencia de la naturaleza del Tribunal; sea civil, penal, tributario, laboral, etc. Dicha jurisprudencia exige que los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos deberán contar, dentro de sus respectivos estatutos de recursos procesales, con un punto mínimo de un recurso de carácter ordinario, al cual pueda accederse en su ejercicio sin ninguna clase de limitación sustancial. Tal propósito no se consigue si se limita el margen de ejercicio del recurso de apelación respecto de una determinada clase de resoluciones judiciales, declarándola improcedente, precisamente, en puntos que son cruciales para la buena marcha del procedimiento.

Esta crítica podría refutarse en dos sentidos. El primero de ellos consiste que las reformas no afectan substancialmente la procedencia de la apelación en contra de la sentencia definitiva, siendo aquí donde mayor interés debería tener el problema que estamos denunciando, y que la exigencia del derecho al recurso se limita a los de carácter ordinario, no a los extraordinarios. Por otro lado, debe observarse que la exigencia de la jurisprudencia regional es

[89] Rojas (2009), pp. 151 y 162.

[90] Cfr. Alvarado & Oakley (2011), pp. 701-702. Para la discusión del derecho al recurso en materia procesal civil, puede consultarse Palomo (2010), pp. 156-159. En el caso del Derecho Procesal Laboral, en el cual la sentencia definitiva solo admite en su contra el recurso de nulidad, de carácter extraordinario, se discute su conformidad con la Constitución y las normas internacionales, en Lorca (2015).

solo válida en lo que respecta a esta área, ya que una mirada al Derecho Comparado nos permite señalar que existen algunas jurisdicciones en las cuales se niega que el acceso a los recursos forme parte del derecho a la tutela judicial efectiva, como lo sostiene el Tribunal Constitucional de España[91].

Resulta conveniente, en definitiva, que se persista con un procedimiento basado en la lógica de la doble instancia. Se trataría de la alternativa más respetuosa tanto con las exigencias constitucionales, como las previstas por el sistema interamericano de derechos humanos[92].

En términos generales, una simplificación de los recursos procesales parece más eficiente en cuanto a los requisitos de procedencia de recursos que existen actualmente[93], como los de casación en la forma y en el fondo, y que ya no se contemplarán. Podría sostenerse que el sistema parece ganar en cuanto a la facilidad para la interposición del recurso[94].

Fuera de las críticas que en lo sustancial se han formulado respecto del recurso extraordinario, se ha destacado la falta de necesidad de sustituir la casación en el fondo por un recurso que supuestamente puede velar por la observancia de la jurisprudencia, en el entendido que nuestra doctrina había venido afirmando de manera constante que uno de los fines de la casación en el fondo era la uniformidad de la jurisprudencia[95].

Sin embargo, estos beneficios van aparejados de importantes dudas en lo que respecta al papel que los tribunales inferiores desplegarán a la hora de procurar la buena marcha del procedimiento; básicamente, por la improcedencia en varias ocasiones del recurso de apelación en contra de dichas resoluciones.

Toda clase de sistema procesal, respecto del cual no existe un mecanismo de revisión superior, encierra un enorme poder y riesgo correlativo. El tribunal inferior será el exclusivo guía en el seguimiento respetuoso del procedimiento; decidirá si el proceso se ha conducido conforme a Derecho, y eventualmente revisará su propio diagnóstico inicial por vía de juzgar el recurso de reposición. Pero en rigor, el recurso de reposición es un acto de juzgamiento que el juez se hace a sí mismo; solo autoriza una suerte de *arre-*

[91] Según es indicado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional de España, el art. 24 de la Constitución española no obligaría al legislador a establecer recursos, ni tampoco se deriva esa exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva. Coincide en esta afirmación Ortells *et al.* (2005), pp. 480-481 y p. 484.

[92] Es una de las conclusiones a las cuales arriba Palomo (2010). En el mismo sentido, Tavolari (2007), p. 48.

[93] En contra, podría sostenerse que para los ciudadanos es mucho mejor contar con varios mecanismos judiciales en contra de los errores que se cometan en las sentencias; por ejemplo, Stürner (2014), p. 103.

[94] Es favorable a una reforma que quite excesiva rigurosidad a los recursos extraordinarios, Tavolari (2007), p. 51.

[95] En este sentido: Tavolari (2014), pp. 89-92.

*pentimiento* o de *conformación* con un poco más de fundamento que el brindado en la resolución que fue recurrida por ese medio.

Las experiencias recientes en los nuevos procedimientos en curso, en especial los de familia y laboral, nos mueven a acusar la necesidad de ser cautelosos con el consentimiento de actividades jurisdiccionales sin un control represivo por parte de los Tribunales Superiores de Justicia. Siendo así, nuestra preocupación apunta a que un reduccionismo del margen de intervención de las Cortes podría facilitar márgenes de discrecionalidad de parte de los juzgados inferiores, si es que no existe un efectivo control por parte de los superiores jerárquicos[96].

Para finalizar nuestras observaciones sobre la reforma procesal civil sobre el papel que cumplirán los Tribunales Superiores de Justicia, debemos indicar que, con prescindencia de las decisiones que se tomaran para autorizar la consecuencial reforma orgánica de la justicia civil, que una alteración de los recursos previstos en materia procesal civil deberá hacerse con inclusión de una reformulación o corrección del margen de procedencia del recurso de queja.

Sin una innovación en torno a este recurso, nos fuerza a sostener que la queja siga siendo utilizada como un mecanismo alternativo frente a la improcedencia de los recursos apelación y de casación en la forma en ciertos casos.

## Conclusiones

Tras este examen, procederemos a concluir con las siguientes observaciones:

1. El *Código de Procedimiento Civil* contempla una pluralidad de recursos, cuyo conocimiento corresponde a las Cortes de Apelaciones y a la Excma. Corte Suprema. Entre dichos recursos, aquellos en los que se manifiesta el control formal y de fondo de lo resuelto son los de apelación, casación en la forma y en el fondo.
2. Por el proyecto de nuevo *Código Procesal Civil*, se alteran sustancialmente los recursos que son de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Los recursos de casación en la forma y de apelación se fusionan en uno solo denominado *apelación*. El recurso de casación en el fondo es eliminado y reemplazado por un *recurso extraordinario*. Deja de existir el recurso de casación en la forma en contra de las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones.

[96] Un diagnóstico del estado y vicios que se han sucedido en la aplicación práctica del procedimiento laboral en curso, puede consultarse en Matamala (2015), y en forma más resumida, en Rojas (2014), p. 41, n. 36. Sobre los inconvenientes de una reducción de los márgenes del recurso de apelación, en pos del incremento de poderes oficiosos en el juez, también lo plantea como un problema Palomo (2010), p. 160.

3. El recurso de apelación que es proyectado por la reforma opera bajo una regla de excepcionalidad; solo procede en los casos para los cuales la ley lo haya previsto expresamente. Con esta innovación, se pierde la posibilidad de impugnar resoluciones de mera tramitación, con la consecuencia de quedar radicada la observancia de la tramitación regular en forma casi privativa a los tribunales inferiores.
4. En cuanto al recurso extraordinario, el enfoque asignado a la Excma. Corte Suprema cambia; deja de ser un contralor de la aplicación de la ley en el caso concreto, y se convierte, específicamente, en un garante de la jurisprudencia.
5. La consagración del recurso extraordinario, en la forma en que se propone, incurre en fuertes riesgos de no sobrepasar un control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional.
6. Las reformas tienden a ser limitativas del control formal de las actuaciones de primera instancia, bajo un pretendido sentido de celeridad, el cual significa un riesgo de discrecionalidad de los tribunales inferiores.

Al fin y al cabo, la reforma procesal civil pareciera proponernos a los intérpretes y aplicadores del Derecho Procesal como cuestión fundamental el problema de la confianza en los jueces. ¿Debe existir, de acuerdo con los parámetros propuestos en el proyecto? ¿Cuál será el resultado de esa confianza? ¿Los prácticos seremos capaces de confiar en los jueces? ¿Podrán los jueces confiar en sí mismos, atendido el poder de que puedan gozar en virtud de la reforma?

De mantenerse el estado del proyecto, en la forma que ha sido ofrecida a la discusión parlamentaria, tendremos que hacer esta pregunta en más de alguna ocasión, y, fundamentalmente, antes de ingresar a la sala de audiencia. Solo tras la salida de esa respectiva audiencia, dejaremos de hablar de fe y hablaremos de una cierta realidad.

## Bibliografía

Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic (1998): *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General* (6ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo i.

Alessandri Rodríguez, Fernando (1938): *Curso de Procedimiento Civil. Profesado por don* [...] *en la Universidad de Chile. Apuntaciones tomadas por don Manuel Urrutia Salas y don Óscar Filipi. Revisados por el profesor don Manuel Urrutia Salas* (2ª ed., Santiago, Editorial Nascimento) Tomo i.

Alvarado Velloso, Adolfo (2011): *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del libro "Sistema Procesal: Garantía de la libertad". Adaptado a la Legislación Chilena por Hugo Botto Oakley* (Santiago, Editorial PuntoLex / Thomson Reuters).

Alvear Téllez, Julio y Ignacio Covarrubias Cuevas (2013): "Observaciones constitucionales al proyecto de nuevo Código Procesal Civil", en: *Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)*, año xiv N° 27 (enero): pp. 29-61.

Bulnes Aldunate, Luz (1987): "El debido proceso legal", en Emilio Pfeffer Urquiaga: *Manual de Derecho Constitucional. Basado en explicaciones de los profesores Luz Bulnes Aldunate y Mario Verdugo Marinkovic* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar ConoSur) Tomo i: pp. 451-454.

Casarino Viterbo, Mario (2011): *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*, (6ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo iv.

Chaigneau del Campo, Alberto (2002): *Tramitaciones en las Cortes de Apelaciones. Sus principales materias* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Correa Selamé, Jorge (2013): "Comentario crítico al proyecto de Código Procesal Civil", en: *Ars Boni et Aequi* (Revista de Derecho de la Universidad Bernardo O'Higgins), Año 9, N° 2: pp. 213-236.

Correa Selamé, Jorge (2005): *Recursos Procesales Civiles* (Santiago, Editorial LexisNexis).

Couture, Eduardo J. (2002): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (4ª ed., Buenos Aires, Editorial B de F).

Cruz-Coke Ossa, Carlos (2009): *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae).

*Cuerpo de Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Hermann y Ossenbrüggen Kriegel con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia por D. Ildefonso L. García del Corral. Primera Parte: *Digesto* (Barcelona, Jaime Molinas, Editor, 1897), Tomo iii.

Delgado Castro, Jordi (2010): "El certiorari: Un agente extraño en manos de nuestra Corte Suprema", en: *Actualidad* Jurídica (Universidad del Desarrollo), N° 22 (Julio): pp. 361-375.

Ducci Claro, Carlos (1980): *Derecho Civil. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Espinosa Solís De Ovando, Alejandro (1952): *Manual de Procedimiento Civil. Recursos Procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

García G., José Francisco y Francisco J. Leturia I (2006): "La Justicia Civil y Comercial Chilena en Crisis: Bases para el Diseño de la Reforma Procesal Civil", en José Pedro Silva P., José Francisco García G. y Francisco J. Leturia I. (eds.): *Justicia Civil y Comercial. Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la Reforma Procesal Civil* (Santiago, Fundación Libertad & Desarrollo / Pontificia Universidad Católica de Chile / Universidad Autónoma de Madrid): pp. 27-82.

González García, Hernán (2007): "Propuestas para un nuevo sistema de Impugnaciones", en Andrés de la Oliva y Diego Iván Palomo Vélez (coord.): *Proceso Civil. Hacia una nueva Justicia Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile): pp. 547-560.

Harasic Y., Davor (2006): "Justicia Civil: Transformación necesaria y urgente", en José Pedro Silva P., José Francisco García G. y Francisco J. Leturia I., (eds.): *Justicia Civil y Comercial. Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la Reforma Procesal Civil* (Santiago, Fundación Libertad & Desarrollo / Pontificia Universidad Católica de Chile / Universidad Autónoma de Madrid): pp. 383-410.

Herrendorf, Daniel E. (1998): *El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces. Qué piensan* (3ª ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot).

Jorquera Lorca, René (2000): *Síntesis de Derecho Procesal Civil* (5ª ed., Santiago, Editorial Jurídica La Ley) Tomo ii.

Larraín Ríos, Hernán (1994): *Lecciones de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Lorca Poblete, Nelson (2015): "El recurso de nulidad laboral y su falta de correspondencia con la garantía del derecho al recurso", en Diego Palomo Vélez (dir.): *Proceso y Justicia Laboral: Lecturas a contracorriente* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago): pp. 303-354.

Matamala Souper, Pedro (2015): "Juez laboral y proceso igualitario. Disfunciones orgánicas y una mirada desde la otra vereda", en Diego Palomo Vélez (dir.): *Proceso y Justicia Laboral: Lecturas a contracorriente* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago): pp. 177-187.

Merryman, John Henry (1995): *Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*, [trad. Eduardo L. Suárez] (2ª ed., Santiago, Fondo de Cultura Económica).

Mery Nieto, Rafael (2006): "Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile", en José Pedro Silva P., José Francisco García G. y Francisco J. Leturia I. (eds.): *Justicia Civil y Comercial. Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la Reforma Procesal Civil* (Santiago, Fundación Libertad & Desarrollo / Pontificia Universidad Católica de Chile / Universidad Autónoma de Madrid): pp. 83-135.

Mosquera Ruiz, Mario y Cristián Maturana Miquel (2013): *Los Recursos Procesales* (2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Nieva Fenoll, Jordi (2009): *Jurisdicción y Proceso. Estudios de Ciencia Jurisdiccional* (Madrid, Editorial Marcial Pons).

Nogueira Alcalá, Humberto (2012): *Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Editorial Abeledo-Perrot LegalPublishing / Thomson Reuters), Tomo i.

Nogueira Alcalá, Humberto (2006): *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos* (Santiago, Editorial Librotecnia).

Núñez Ojeda, Raúl (2007): "Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (Fundamentos, historia y principios)", en Andrés de la Oliva y Diego Iván Palomo Vélez (coord.): *Proceso Civil. Hacia una nueva Justicia Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile): pp. 677-695.

Oberg Yáñez, Héctor y Macarena Manso Villalón (2009): *Recursos Procesales Civiles. Recursos de Reposición, Aclaración, Rectificación, Queja, Apelación, Hecho y Casación* (4ª ed., Santiago, Editorial LegalPublishing).

Oberg Yáñez, Héctor (2003): "La centuria olvidada (100 años de vigencia del Código de Procedimiento Civil)", en: *Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)*, año iv, N° 8 (julio): pp. 165-169.

Ortells Ramos, Manuel, María José Mascarell Navarro, Ricardo Juan Sánchez, Luis A. Cucarella Galiana, Juan Cámara Ruiz, José Bonet Navarro, Rafael Bellido Penadés y José Martín Pastor (2005): *Derecho Procesal Civil* (6ª ed., Cizur Menor, Editorial Thomson Aranzadi).

Otero Lathrop, Miguel (2000): *Derecho Procesal Civil. Modificaciones a la Legislación. 1988-2000* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Palomo Vélez, Diego (2010): *Reforma Procesal Civil. Oralidad y poderes del juez* (Santiago, Editorial Abeledo-Perrot / LegalPublishing).

Palomo Vélez, Diego (2006): "Reforma del Proceso Civil chileno: Algunos apuntes", en: José Pedro Silva P., José Francisco García G. y Francisco J. Leturia I. (eds.): *Justicia Civil y Comercial. Una reforma pendiente. Bases para el diseño de la Reforma Procesal Civil* (Santiago, Fundación Libertad & Desarrollo / Pontificia Universidad Católica de Chile / Universidad Autónoma de Madrid): pp. 445-474.

Pérez Luño, Antonio Enrique (2013): *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica* (11ª ed., Madrid, Editorial Tecnos).

Feffer Urquiaga, Emilio (1987): *Manual de Derecho Constitucional. Basado en explicaciones de los profesores Luz Bulnes Aldunate y Mario Verdugo Marinkovic* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar ConoSur) Tomo i.

Pfeiffer Richter, Alfredo (1998): *Apuntes de Derecho Procesal del profesor Pfeiffer. Recursos Procesales* (Santiago, Impresos Ranco) Tomo vi.

Rodríguez Grez, Pablo (2014): "Abolición del Recurso de Casación", en: *Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)*, año xv, N° 29 (enero): pp. 15-23.

Rojas Sepúlveda, Mario (2014): "En defensa de la casación", en: *Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)*, año xv, N° 29 (enero): pp. 25-42.

Rojas Sepúlveda, Mario (2010): "El rol de la Corte Suprema en el Proyecto del nuevo Código Procesal Civil", en: *Actualidad* Jurídica (Universidad del Desarrollo), N° 22 (julio): pp. 315-360.

Rojas Sepúlveda, Mario (2009): "Claves de la Reforma Procesal Civil", en: *Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)*, N°20 (julio), Tomo i: pp. 143-162.

Romero Seguel, Alejandro (2014 a): "Reforma Procesal Civil y los trasplantes jurídicos", en: *Actualidad* Jurídica (Universidad del Desarrollo), año xv, N° 29 (enero): pp. 55-82.

Romero Seguel, Alejandro (2014 b): "Visión crítica de la actual regulación del recurso de apelación en el Código de Procedimiento Civil", en Álvaro Pérez Ragone y Pía Tavolari Goycoolea (coord.): *Derecho Procesal Comparado. Aportes para las reformas a la Justicia en Latinoamérica. Liber Amirocum Rolf Stürner* (Santiago, Editorial LegalPublishing / Thomson Reuters): pp. 105-112.

Silva Prado, José Pedro (2014): "Recurso extraordinario y precedente", en: *Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)*, año xv, N° 29 (enero): pp. 43-53.

Stürner, Rolf (2014): "Recursos en el Proceso Civil Alemán", en Álvaro Pérez Ragone y Pía Tavolari Goycoolea (coord.): *Derecho Procesal Comparado. Aportes para las reformas a la Justicia en Latinoamérica. Liber Amirocum Rolf Stürner* (Santiago, Editorial LegalPublishing / Thomson Reuters): pp. 93-104.

Taruffo, Michelle (2007): "¿Una reforma de la Casación Civil?", en Andrés de la Oliva y Diego Iván Palomo Vélez (coord.): *Proceso Civil. Hacia una nueva Justicia Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile): pp. 517-545.

Tavolari Oliveros, Raúl (2014): "La eliminación de la casación civil: marchando contra los tiempos. (Una propuesta de conciliación)", en: *Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)*, año xv, N° 29 (enero): pp. 83-97.

Tavolari Oliveros, Raúl (2007): "Bases y criterios para el nuevo Proceso Civil Chileno", en Andrés de la Oliva y Diego Iván Palomo Vélez (coord.): *Proceso Civil. Hacia una nueva Justicia Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile): pp. 35-52.

Universidad Del Desarrollo – Facultad De Derecho (2013): "Anteproyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil", en: *Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)*, año xiv, N° 28 (julio): pp. 11-184.

## *Normas*

Constitución Política de la República de Chile (Const. Pol.).

*Código Civil de la República de Chile* (CC*Ch*.).

*Código de Procedimiento Civil de la República de Chile* (CPCC*h*.).

## *Otras fuentes*

Mensaje Nº 398-357, de S. E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de Ley que aprueba el nuevo Código Procesal Civil (Santiago, 18.5.2009, Boletín 6567-07).

Mensaje Nº 432-359, de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de Ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil (nCPCC*h*.) (Santiago, 12 de marzo de 2012: Disponible en http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf) [fecha de consulta: 22 de noviembre de 2015]:

# LA EPIKIE = ETTIEIKEIA

*Héctor Oberg Yáñez*[*]

Resumen: Los alcances u observaciones que se anotan en este texto sobre la *epikie*, o *epiqueya*, o *epikeia* solo tratan de buscar un amparo legal actual a una muy antigua regla de hermenéutica, que fuera ya conocida por Aristóteles, Platón y que revivió posteriormente con Alberto Magno, Tomás de Aquino, Francisco Suárez, entre otros, hasta llegar a nuestra época transformada en la equidad, posibilitando a la Corte Suprema asilarse en ella y contrariar un claro precepto normativo del *Código Civil*, permitiendo de esa forma llevar a cabo una justicia adecuada a las circunstancias dadas.

Palabras clave: Hermenéutica - Equidad - Justicia - Interpretación de la Ley - Epikie

Abstract: The scopes or observations that are noted in this text on the epikie, or epikeia, or epikeia only try to seek a current legal protection to a very old hermeneutic rule, and that was already known by Aristotle, Platon and later revived with Alberto Magno, Tomás de Aquino, Francisco Suárez, among others, until reaching our time transformed into equity, enabling the Supreme Court to asylum itself and to contradict a clear normative precept of the Civil Code, thus allowing to carry out an adequate justice to the given circumstances.

Keywords: Hermeneutics - Equity - Justice - Interpretation of the Law - Epikie

* * *

Algunas de las dudas e interrogantes que formula el exrector de la Universidad del Desarrollo, profesor Pablo Rodríguez G., en su estudio "Actuales desafíos del Derecho" (revista *Actualidad Jurídica*, N° 34, p. 61, julio 2016), podrían tener alguna solución, aun cuando carezcan de norma positiva, de existir jueces que pudiesen aplicar la epiqueya –como lo ha hecho la Corte Suprema–, reconociendo que para llegar a tal nivel se precisa de un saber y esfuerzo encomiable. No es imposible, y como dice el poeta *con fe lo imposible soñar y la estrella alcanzar*.

[*] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Concepción. Profesor de Derecho procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

¿Empero qué es la *epikie*? Consiste en excluir la aplicación de una ley, en razón de circunstancias particulares, a un caso por ella comprendido. El *Diccionario* de la Real Academia la define como la "interpretación moderada y prudente de la ley, según las circunstancias de tiempo, lugar y persona".

Se aplicaría si es contraria a la igualdad, al derecho natural y al bien común (Sto. Tomás en la *Summa*). Una disposición legal es corregida por una razón de justicia. Conclusión, la *epikie* es una *enmendatio legis*. Y con el transcurso del tiempo se concluirá por afirmar que es una benigna interpretación, según lo justo y lo bueno.

Es el juez el que debe negar la aplicación de la ley y dar la solución. La *epikie* tiene un aspecto negativo, y por otro un aspecto positivo; el primero es un problema de interpretación y el segundo, de construcción.

Empero, si no se aplica la ley, qué debe hacer el juez para aplicar la sanción correspondiente.

Según la teoría, hay tres formas de resolver el problema:

"a) para el derecho primitivo se modificaba la aplicación de la ley, atendiendo a ciertas circunstancias particulares que hacían la solución contraria a la misericordia querida por el legislador, lo que dependía de las condiciones subjetivas del individuo, según que pudiera o no enmendarse;
b) la segunda es la solución de Aristóteles y de Suárez, de la no aplicación de la ley según la intención presumida del legislador, en condiciones específicas y determinadas y
c) la tercera es la de Santo Tomás, que consiste en no aplicar la ley cuando las consecuencias que derivarían serían contrarias a la justicia, al derecho natural y al bien común" (Carlos A. Ayarragaray).

¿Qué observaciones pueden formularse a estas diferentes teorías?

La que está más conforme con el espíritu cristiano es la primera. Así, el Derecho Canónico no tiene soluciones rigurosas, sino que estas se inspiran en la caridad y la mansedumbre. Empero, esta posibilidad se debilitó por la influencia del Derecho Romano.

La segunda teoría es más objetiva que la primera, pero sí se le analiza con más atención, tiene una parte arbitraria.

La tercera, considerando los aspectos que tiene en cuenta, también es vulnerable, pero su lado ventajoso es evitar la incertidumbre, y es el motivo de su prevalencia.

¿Y cómo puede evitarse tal incertidumbre?

Para ello se recurre a la equidad, base de la interpretación benigna, mitigándose así el rigor de la ley. Concepto de tan antigua data que siquiera pensar en él, ya es difícil, pese a que nuestro derecho procesal lo incluye en forma clara y precisa en una de sus disposiciones –art. 170 del C. *Procedimiento Civil*–. Se dice que:

> "la equidad es inevitable frente a la legislación escrita, ya sea como fundamento de la misma, ya como criterio de interpretación o de integración. Su peligro radica en el uso impreciso del concepto".

Su estudio puede llevar a lo que se denomina arbitrio judicial, lo que a la postre queda radicado en la persona del juez. Al decir de los glosadores el derecho es el arte de lo bueno y equitativo.

En nuestro medio una demostración palpable de lo que se ha expuesto, nos parece, es la sentencia dictada por la Corte Suprema en la causa rol N° 18031-2014, con fecha 17 de noviembre de 2014. La cual, en síntesis, desestima el recurso de casación en el fondo, en razón de que el dueño de un predio que vendió en 1990 a la Municipalidad de Queilén por contrato privado, lo entregó materialmente y percibió el precio correspondiente, demanda a la Municipalidad mencionada el 17 de agosto del año 2011 ejercitando la acción reivindicatoria para recuperar el predio vendido, no prosperando a la postre, citándose en el caso diversas disposiciones del C. C*ivil*. Empero, para validar el contrato privado se fundamenta en los principios de la buena fe y en la teoría del acto propio, que, si bien se mira, solo son manifestaciones de la *epikie*. Se ha excluido totalmente el art. 1801 del C. C*ivil*, que impone la obligación de celebrar tal contrato por escritura pública. Luego, esta disposición legal es corregida por una razón de justicia, es una *enmendatio legis*. "La actitud del actor contraría sus actos propios vulnera el principio de la buena fe y, en consecuencia, no es digna de amparo jurídico". Ha prevalecido la seguridad jurídica, y la *epiqueya* deviene en una superjusticia (Alberto Magno)

En nuestra legislación existen normas abiertas para que el juez pueda aplicar la *epikie*; por citar solo algunas está aquella que dispone

> "entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad" (art. 428 del C*PC*).

La frase contenida la ley N° 19.968, que el juez debe considerar en su momento, "el interés superior del niño, niña o del adolescente" es un concepto no precisado, vago y hasta ambiguo. No cabe duda que el intérprete es el juez aplicando la epiqueya. En la jurisdicción voluntaria, el tribunal aprecia, prudencialmente, el mérito de las justificaciones y pruebas de cualquiera clase (art. 819 del C*PC*), lo que se hará, cuando se manifieste a través de la hermenéutica que comentamos. Cerremos estas observaciones recordando a Andrés Bello en el art. 24 del C. C*ivil*:

> "En los a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

He aquí la puerta para hacer efectiva la *epikie*. Podrían quedar incluidas en la *epiqueya* la semiótica jurídica, las máximas de la experiencia, y aun extremando el pensar, la sana crítica. De la primera mencionada se ha sostenido:

> "la coherencia de los indicios resulta interesante respecto de la ponderación de la prueba en razón de la sana crítica, dado que permite libremente a los sentenciadores utilizar sus propios conocimientos para interpretar y ponderar los indicios, encuadrados en el marco de la lógica y de las máximas de la experiencia" (González Castillo, cit, p. 314. Rev. *Actualidad Jurídica* N° 34, julio 2016).

Por su parte, la Constitución Política también alude al bien común (art. 1°), que permite, por ende, aplicar, si el caso lo requiere, la *epiqueya*, toda vez que se está frente a una expresión vaga, difusa, ambigua y que no se encuentra definida por la ley.

De antigua data es la mención que de los indicios se contiene en el art. 486 del *Código de Procedimiento Penal*, que en determinadas circunstancias pueden llegar a constituir una presunción, que será ponderada de acuerdo con los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. Y la apreciación de los hechos conocidos o manifestados en el proceso (indicios), de los cuáles es posible inferir las consecuencias, corresponde al tribunal de la causa (*Gaceta* 1910, t. 2, pp. 55, s. 693). Para un mayor conocimiento sobre el particular, puede verse la historia de cómo se gestaron estas normas en el Código de Santiago Lazo (1916). Con todo, en el mensaje con que se acompañó tal Código, hay una clara manifestación a este campo cuando se expresa:

> "A fin de extender el campo de los indicios, se deja en libertad al juez para estimar como tales todos los medios probatorios que por circunstancias especiales, no alcancen a constituir una prueba completa de otro orden".

Volvemos a decir: plena autorización para hacer uso de la *epikie* en una época que era desconocida en la teoría procesal con tal denominación, pero que se intuía.

# PROYECTO DE LEY EN DISCUSIÓN

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

# TEMAS PENDIENTES EN EL PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA LA LEGISLACIÓN BANCARIA

# PENDING ISSUES IN THE BILL THAT MODERNIZES THE BANKING LEGISLATION

*Santiago Orpis Jouanne*[*]

Resumen: El proyecto de ley que Moderniza la Legislación Bancaria (*Boletín* Nº 11269-05) supone el mayor cambio a las normas que regulan esta industria en los últimos treinta años. Si bien se hace cargo correctamente de actualizar las normas de capital y liquidez de los bancos a los estándares internacionales y reformula la institucionalidad supervisora y reguladora, consolidándola junto al sector de valores y seguros en la Comisión para el Mercado Financiero, podría mejorar sustancialmente definiendo mejor el perímetro regulatorio de esta agencia y otorgándole más herramientas de resolución bancaria, como mecanismos para prevenir y contener mejor una futura crisis financiera.

Palabras Clave: modernización de la legislación bancaria - perímetro regulatorio - resolución bancaria.

Abstract: The Bill that Modernizes The Banking Legislation (Bulletin 11269-05), supposes the biggest change to the norms that regulate this industry in the last 30 years. Although it correctly assumes updating the capital and liquidity standards required to the Banks to international standards, and reformulates the supervisory and regulatory institutional framework, consolidating it together with the Securities and Insurance sector in the Commission for the Financial Market, it could substantially improve defining better the regulatory perimeter of this agency, and providing it more banking resolution tools, as mechanisms to better prevent and contain a future financial crisis.

[*] Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sorpis@uc.cl.

Keywords: modernization of the banking legislation - regulatory perimeter - banking resolution.

* * *

## Introducción

Luego de varios años de trabajo, en el mes de junio de este año, el gobierno ingresó a trámite al Congreso el proyecto de ley que busca modernizar la legislación bancaria[1].

Este proyecto, la primera gran reforma al sistema bancario en los últimos veinte años, aborda numerosos temas, incluyendo, entre otros, la actualización de las normas de liquidez y capital para adecuarlas a los estándares de Basilea III, modificación a las normas sobre reserva bancaria, la actualización del monto de la Garantía Estatal de los Depósitos, y el traspaso de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras a la Comisión para el Mercado Financiero.

La gran mayoría de estos cambios son positivos y, sin duda, van a contribuir a mejorar la institucionalidad bancaria. Sin embargo, el presente artículo tiene por objetivo analizar dos grandes temas que no han sido debidamente abordados en el proyecto de ley y cuya omisión podría producir efectos nocivos para el mercado financiero, como son la falta de un mecanismo de resolución u supervisión bancario adecuado, y la falta de modificación al perímetro de regulación y supervisión.

Para llevar a cabo este propósito, como aspecto previo, pero necesario, definiremos ambos conceptos. La resolución bancaria es el

> "proceso mediante el cual las autoridades intervienen para administrar una empresa fallida. Se usa resolución en empresas que pueden tener impacto sistémico, reemplazando el concepto de quiebra, con el objetivo de asegurar la provisión de servicios económicamente importantes además de minimizar la pérdida de (algunos) acreedores"[2].

Por otra parte, el perímetro de supervisión consiste en todas aquellas actividades o entidades que son supervisadas por una entidad reguladora, mientras que el perímetro de regulación consiste en todas aquellas actividades o entidades que pueden ser regulados por parte de una entidad reguladora.

[1] A le fecha de cierre del presente artículo (17 de octubre de 2017), el proyecto de ley se encontraba en primer trámite constitucional en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, previo a la votación particular del mismo, por lo que este trabajo se refiere al texto del proyecto original, presentado el 13 de junio de 2017.

[2] Vergara (2013), p. 13.

Si bien ambos temas son distintos, comparten una raíz común, delimitan la competencia de los órganos del Estado en materia bancaria, y pueden ayudar a prevenir crisis financieras.

En relación con lo primero, el perímetro regulatorio y de supervisión limita la facultad de regular o supervisar del Estado a determinados sujetos o actividades financieras mientras que la resolución bancaria delimita qué herramientas específicas tendrá el Estado para resolver una crisis financiera.

En cuanto a su función de prevenir crisis financieras, la adecuada supervisión y regulación del Estado, tanto de entidades bancarias como de otras entidades financieras, así como la supervisión y sanción de actividades financieras y bancarias irregulares, pueden evitar desequilibrios financieros en los bancos, y estafas o fraudes que puedan producir o contribuir a producir crisis financieras, como ocurrió en el inicio de la crisis *subprime* en Estados Unidos.

De la misma forma, un adecuado mecanismo de resolución bancaria permite resolver una situación crítica en una entidad bancaria, sacando el máximo provecho a sus activos, pudiendo evitar el contagio de dicha crisis por parte de otras entidades y al sistema financiero en su conjunto, y el uso de cuantiosos recursos de los contribuyentes en resolverla.

Lo anterior ha sido comprendido por los países más desarrollados que, a partir de las lecciones aprendidas en la crisis financiera de 2007-2009, utilizando foros multilaterales como el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea y el Financial Stability Board, han promovido el establecimiento de perímetros regulatorios y de supervisión más amplios y flexibles a la evolución de los mercados, buscando limitar vacíos que puedan socavar la estabilidad financiera, y la utilización de herramientas de resolución bancaria que permitan abordar las crisis bancarias con el menor costo posible para los mercados y el Estado.

Sin embargo, lamentablemente, este proyecto de ley, al menos al momento de ser presentado, no ha hecho eco de ello. Para analizar lo anterior, el presente artículo se iniciará con la explicación del marco regulatorio actual, para luego analizar las recomendaciones de foros multilaterales y otros elementos contextuales que hacen aconsejable una mejor regulación del perímetro y la resolución bancaria, como son las recientes estafas piramidales, las recomendaciones de la Comisión Desormeaux, y el ejemplo de la liquidación del Banco Popular, para luego analizar las modificaciones propuestas por el proyecto de ley en estas materias.

## 1. Contexto

### *La Ley General de Bancos*

#### 1.1.1 Génesis de la Ley General de Bancos

Durante el gobierno del presidente Salvador Allende, se produjo un proceso de nacionalización de la banca, en virtud del cual todos los bancos existen-

tes en Chile, salvo el Banco de Chile y el Banco do Brasil (de propiedad del Estado Brasilero), pasaron a manos del Estado[3].

Junto al cambio de gobierno, se inició un proceso de reprivatización, con una continua liberalización de las regulaciones de los bancos. Entre 1976 y 1980 se redujeron gradualmente los requerimientos de reserva de los bancos, de un 85% para los depósitos a la vista en 1976 a un 10% a fines de 1980, y así como los requerimientos de capital, que llegaron, en 1980, al 5% de las obligaciones totales[4].

Asimismo, en materia de normativas aplicables a los bancos, el gobierno se inclinó por establecer una regulación y una supervisión mas bien laxa, con una presunción de fraude en caso de insolvencia, establecida en el art. 26 de la Ley General de Bancos, en virtud de la cual, en caso de quiebra de una institución bancaria, los directores y gerentes serían considerados responsables de quiebra fraudulenta[5]. De esta forma, se buscaba que los gerentes y administradores de los bancos, por temor a cometer delitos, fueran prudentes en la adquisición de riesgos[6].

Por otra parte, en materia de política monetaria, en 1979 se estableció la paridad del peso con el dólar, buscando hacer converger la inflación local a la internacional[7], lo que impulsó fuertemente el endeudamiento institucional y privado y deterioró la capacidad exportadora.

Por último, la existencia de una garantía estatal implícita del Estado a los depósitos, desincentivaba que las autoridades, los gestores y los depositantes dieran importancia a la limitación y el control de los riesgos en las colocaciones y la toma de depósitos[8].

Debido a lo anterior, a partir de la moratoria de la deuda externa de México se produjo una crisis económica en varios países latinoamericanos, especialmente en Chile, lo que incrementó en un 70% el valor del dólar y obligó a las autoridades nacionales a hacer una devaluación del peso, desplomando la rentabilidad de los sectores transables, luego de los sectores no transables, incrementando así el riesgo de crédito[9].

Todo lo anterior produjo como resultado una grave crisis financiera, que tuvo como resultado la liquidación de dieciséis bancos y sociedades financieras[10].

Para recuperar a la Banca, el gobierno implementó programas de liquidación de instituciones financieras, programas de compra de cartera, pro-

[3] Morand (2000).
[4] Barandarián y Hernández (1997), p. 7.
[5] Decreto con fuerza de ley N° 252, que fija el texto de la Ley General de Bancos.
[6] Barandarián y Hernández (1997), p. 8
[7] *Ibid.*
[8] Held y Jiménez (1999), p. 23.
[9] *Ibid.*
[10] *Op. cit.*, p. 25

gramas de dólar preferencial, programas de reprogramación de deudores y capitalismo popular, que, en su conjunto, tuvieron un costo para el país de aproximadamente un 35% del PIB[11] y una reducción de la actividad económica de aproximadamente un 13,5%[12].

En virtud de lo anterior, en 1986 se publicó una gran modificación a la Ley General de Bancos[13], que, aprendiendo lecciones de la crisis de 1982-1985, realizó las modificaciones a esta ley diversas materias, tales como el establecimiento de la Garantía Estatal de los Depósitos, el establecimiento de limitaciones y prohibiciones a los bancos en sus operaciones, regulación del secreto bancario y regulación de los requisitos para la apertura de sucursales en el extranjero[14].

Específicamente en materia de resolución bancaria, se abrieron espacios para que, en caso de problemas en un banco, sean los accionistas del banco u otros bancos del sistema los que acudan a socorrerlo en primer término, y solo cuando ello no sea posible, intervenga el Estado, garantizando los depósitos a la vista, bajo ciertas condiciones, y con un límite.

### 1.1.3 Modificaciones a la Ley General de Bancos

Desde la entrada en vigencia de esta ley, la norma ha sufrido algunos cambios con el paso del tiempo, pero sin alterar sus fundamentos. En este sentido, la modificación más importante ocurrió en 1997, a propósito de la adopción de Chile a los estándares de Basilea I, al modificarse la Ley de Bancos, en relación con los requisitos de capital.

Además, se corrigió, coordinó y sistematizó en una gran ley de bancos, el decreto con fuerza de ley Nº 252, de 1960, sobre Bancos, la Ley Orgánica de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) contenida en el decreto ley Nº 1.097, de 1975, y de los demás textos legales que se refieren a bancos y sociedades financieras u otras empresas fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.[15]

Luego de esta reforma, ha habido pequeñas modificaciones que tienen relación, por ejemplo, con la eliminación de las sociedades financieras, establecida en el artículo 2° número 14 de la ley Nº 20.190, que Introduce Adecuaciones Tributarias e Institucionales para el Fomento de la Industria de Capital de Riesgo y Continúa el Proceso de Modernización del Mercado de Capitales.

[11] Held y Jiménez (1999), p. 27.
[12] De Gregorio (2005), p. 23.
[13] Ley 18.576, que Introduce Modificaciones a la Legislación Bancaria y Financiera.
[14] Buchi (1985), p. 3.
[15] Epígrafe decreto con fuerza de ley número de 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997.

### 1.1.4 Modelo actual de resolución bancaria

#### 1.1.4.1 Regulación

Las normas actualmente vigentes sobre regularización y liquidación de los bancos están establecidas en el artículo 118 y ss. de la Ley General de Bancos.

El procedimiento contempla los siguientes hitos o etapas:

a) Capitalización preventiva: Cuando ocurrieren hechos que afecten la situación financiera del banco, y esta no se hubiera normalizado dentro de treinta días, el directorio deberá convocar a una junta de accionistas para acordar un aumento de capital, que sea suficiente para el normal funcionamiento del banco[16].

b) Nombramiento de un administrador provisional o un inspector delegado: Si una institución fiscalizada hubiere incurrido en infracciones reiteradas, incumpliere las instrucciones del SBIF, o hubiere ocurrido en ella cualquier hecho que haga temer por su estabilidad financiera, el Superintendente puede designarle un inspector delegado con las facultades que al efecto le señale[17].

   Por su parte, también podrá nombrar a un administrador provisional, que tendrá todas las facultades de giro ordinario que la ley y los estatutos le señalan al Directorio[18].

c) Insolvencia y Proposiciones de Convenio: Cuando el directorio de un banco revele problemas de solvencia que comprometan el pago oportuno de sus obligaciones, deberá presentar proposiciones de Convenio de Acreedores dentro del plazo de diez días, el cual deberá ser calificado por la Superintendencia[19]. Aceptado el convenio por parte de la SBIF, se le notificará a los acreedores, quienes deberán votarlo[20].

   En caso de rechazo del convenio por parte de los acreedores, o si la SBIF no acepta la propuesta de convenio del Directorio, este deberá proponer un convenio de acreedores en virtud del cual, mediante la capitalización de los créditos que corresponde, la relación entre patrimonio efectivo y activos ponderados por riesgo no sea inferior a un 12%[21].

   Una vez aceptada la propuesta de convenio de acreedores, el Directorio deberá proceder de acuerdo a ella[22].

d) Liquidación Forzosa: Si el Superintendente establece que un banco no tiene la solvencia para continuar operando, la seguridad de sus de-

[16] Decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Bancos, art. 118.

[17] *Op. cit.*, art. 24.

[18] *Op. cit.*, art. 24 inc. 2°.

[19] *Op. cit.*, art. 122.

[20] *Op. cit.*, art. 123.

[21] Ley General de Bancos, art. 124 inc. 6°.

[22] *Op. cit.*, arts. 125, 126, 127 y 128.

positantes u otros acreedores exige su liquidación o las proposiciones de convenio hubieren sido rechazadas, deberá revocar su autorización de funcionamiento, y declarará la liquidación forzosa, previo acuerdo del Banco Central[23].

Para ello, nombrará un liquidador que deberá efectuar la liquidación dentro de un plazo de tres años[24].

e) Capitalización por parte del Sistema Financiero: Si un banco está en una situación de inestabilidad financiera, incumple alguna obligación o está sometido a una administración provisional, podrá convenir un préstamo a dos años plazo con otro banco, previa autorización de la SBIF[25].

#### 1.1.4.2 Aplicación práctica

La entrada en vigencia de la reforma a la Ley General de Bancos de 1985, junto con el inicio del periodo de mayor estabilidad política y crecimiento económico del país en varias décadas, permitieron el desarrollo de un sistema bancario robusto. En virtud de ello, desde 1985, no ha habido nuevas intervenciones a los bancos.

Quizá la única crisis que ha habido se produjo en el Banco Nacional, en 1989, en virtud de la cual, a consecuencia de una serie de incumplimientos a las órdenes del Superintendencia se le nombró un inspector delegado primero, y luego un administrador provisional[26]. Finalmente, el Banco Nacional se fusionó con el BHP, terminando así, su crisis[27].

### 1.1.5 Actual perímetro regulatorio de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras

#### 1.1.5.1. Regulación

De acuerdo con el artículo segundo de la Ley General de Bancos, a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras le corresponderá:

> "la fiscalización, del Banco del Estado, de las empresas bancarias, cualquiera que sea su naturaleza y de las entidades financieras cuyo control no esté encomendado por la ley a otra institución"[28].

[23] Ley General de Bancos, art. 130 inc. 1°.

[24] *Op. cit.*, art. 131 inc. 2°.

[25] *Op. cit.*, art. 140.

[26] Resolución N° 76 del 5 de mayo de 1989, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

[27] Resolución Nº 236 del 13 de noviembre de 1989, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

[28] Decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Bancos; art. 2° inc. 1.

En este sentido, si bien el concepto de *entidades financieras* permitiría dar a entender que la Superintendencia fiscaliza a un número indeterminado de tipos de entidades financieras, aquellas "cuyo control no esté encomendado por la ley a otra institución", lo cierto es que, de acuerdo con lo señalado por el Superintendente de Bancos en la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados[29] relacionada con las estafas financieras, este concepto estaría referido solo a las "sociedades financieras" que estuvieron reguladas en el título XV de la Ley General de Bancos, hasta que este fue derogado por la ley Nº 20.190, denominada Ley de Mercado de Capitales II[30]. De acuerdo con lo anterior, hoy solo serían instituciones supervisadas por la SBIF los bancos, y las demás instituciones cuyo control le esté encomendado expresamente.

Por otra parte, el artículo 12° de la Ley General de Bancos señala que el Superintendente deberá velar porque las instituciones fiscalizadas cumplan con las leyes y las demás normas jurídicas que las rijan, y que también podrá interpretar las normas que rijan a las empresas vigiladas e, incluso, examinar todos los negocios, bienes, libros, archivos y documentos, así como impartirles instrucciones y adoptar las medidas tendientes a corregir sus deficiencias, desde que se inicia la organización de una institución fiscalizada, hasta que se liquide.

Otro artículo relevante, que delimita la acción supervisora de la SBIF en materia bancaria, es el artículo 39 de la Ley General de Bancos, que establece el delito de invasión al giro bancario, que será investigado por el Ministerio Público, sin perjuicio de que se otorga a la SBIF, en el caso en que exista alguna presunción de una vulneración a la prohibición de invasión al giro bancario, las mismas facultades de inspección que se le otorgan para fiscalizar que formas parte de su perímetro de fiscalización.

Por último, el artículo 70 de la Ley General de Bancos establece cuáles son las actividades que pueden realizar los bancos y sociedades financieras, a través de sus sociedades filiales, permitiéndole a la SBIF solicitar a los bancos balances consolidados con sus filiales, y examinar todos los libros, cuentas registros y operaciones de las filiales, que le permitan conocer su solvencia.

#### 1.1.5.1. 2.- Aplicación práctica

Si bien resulta complejo encontrar casos de *aplicación del perímetro regulatorio* de la Superintendencia de Bancos, a través de aquellos que han estado en el límite, y que han obligado a la Superintendencia de Bancos a pronunciarse respecto de su competencia, es posible determinar que ha interpretado ella que es su perímetro regulatorio.

[29] Comisión Investigadora sobre la Actuación de los Organismos Públicos Competentes en Relación al Eventual Fraude de Empresas de InversioneS (2016), p. 25 y ss.

[30] El título XIV de la Ley General de Bancos fue derogado por el artículo 3° N° 14 de la ley Nº 20.190 que Introduce Adecuaciones Tributarias e Institucionales para el Fomento de la Industria de Capital de Riesgo y Continúa el Proceso de Modernización del Mercado de Capitales, publicada el 5 de junio de 2007.

El ejemplo más cercano son los ya mencionados casos de estafas piramidales. A partir del año 2015, las Superintendencias de Bancos y Valores y Seguros tomaron conocimiento de una serie de comportamientos delictuales de carácter financiero, cometidos por empresas de inversión, a través de las denominadas estafas piramidales.

Este tipo de fraude financiero consiste en que:

> "el dinero de los nuevos inversionistas es usado para pagar falsos dividendos a los primeros inversionistas. Se habla de falsos dividendos debido a que, en principio, no existe ningún otro tipo de negocio o actividad que genere ganancias que no sean las 'inversiones' de nuevos clientes. Así, el esquema piramidal utilizado fracasa o colapsa cuando el número de clientes nuevos que aportan los fondos para pagar las supuestas rentabilidades no supera a los ya existentes, situación que se agrava cuando los 'inversionistas' ya existentes comienzan a retirar sus fondos"[31].

Los casos más conocidos fueron las estafas piramidales de AC Inversiones, IM Forex e Investing Capital. Todos ellos han sido investigados por el Ministerio Público.

AC Inversions habría estafado a más de cinco mil personas, por un monto cercano a $50.000.000.000[32], mientras que en la empresa IM Forex hay aproximadamente setecientas personas estafadas, y un perjuicio de $18.000.000.000[33]. Por último, en la empresa Investing Capital habrían tres mil quinientas víctimas, y una recaudación por parte de la empresa de $24.000.000.000[34].

Además de la investigación penal, la Cámara de Diputados creó una Comisión Investigadora con el objetivo de recabar información acerca de la actuación de organismos públicos en relación con las estafas.

En este contexto, el Superintendente de Bancos señaló:

> "las empresas involucradas en los eventuales fraudes están fuera del perímetro de fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que ha sido delimitado en la Ley General de Bancos y otras leyes específicas, como la ley de cooperativas o la ley de tasa máxima convencional. La Superintendencia de Bancos solo tiene facultades para denunciar al Ministerio Público y no puede realizar investigaciones criminales ni querellarse y, finalmente, la Superintendencia ha actuado de acuerdo con su mandato legal, efectuando las denuncias respectivas al Ministerio Público"[35].

---

[31] US. Securities and Exchange Commision en Cámara de Diputados (2016), p. 1.
[32] Cámara de Diputados (2016), p. 3.
[33] *Op. cit.*, p. 56.
[34] *Ibid.*
[35] *Op. cit.*, p. 29.

Por su parte, el Superintendente de Valores, Carlos Pavéz señaló, en relación con la pregunta sobre qué podrían haber hecho para evitar este tipo actividades, que:

> "Pueden colaborar con el Ejecutivo, en el sentido de que tales actividades, como las de AC Inversions, al estar fuera del ámbito de la SVS, no podían ni correspondía destinar recursos para fiscalización, más allá de que en el caso no hubiera ningún elemento concreto que diera cuenta de algún ilícito relacionado con las disposiciones legales de la Superintendencia de Valores y Seguros. Insistió que en muchos casos tienen todos los elementos y toda la información, que a esta altura es pública porque han sido abordados por el Ministerio Público, y cuando detectan antecedentes en base a denuncias, porque toman conocimiento de algún tipo de publicación, pero básicamente porque les llegan presentaciones de los ciudadanos en que está comprometida alguna actividad sujeta a fiscalización, traspasan los antecedentes y colaboran".

En virtud de lo anterior, en el informe de esta Comisión Investigadora, aprobado por la Sala, se recomienda que debe perfeccionarse este aspecto de nuestra institucionalidad mediante las siguientes modificaciones a la ley orgánica correspondiente[36]:

a) Incorporar dentro de las entidades fiscalizadas por la SBIF a las empresas captadoras de créditos y a las que hacen de su negocio la celebración de mutuos, es decir, ingresar un criterio cualitativo o cuantitativo para diferenciar de manera más sencilla cuándo estamos o no en presencia de una entidad financiera susceptible de ser fiscalizada.
b) Agregar la obligación explícita para la SBIF de realizar todas las diligencias y acciones necesarias para prevenir, identificar, fiscalizar, y denunciar el funcionamiento de organizaciones de "banca en las sombras".

## 2. Algunos elementos relevantes de la discusión nacional y mundial en materia de perímetro regulatorio y resolución bancaria

### *2.1 El desarrollo de nuevo modelos de regulación y supervisión bancaria en el mundo*

En la década de 1980, cuando se hicieron las grandes transformaciones en Chile a la regulación bancaria, en general, en el mundo, se utilizaba el modelo de supervisión institucional[37] en virtud del cual las agencias reguladoras se estructuran en función de una determinada industria que regulan.

[36] Cámara de Diputados (2016), p. 71.
[37] Schooner y Tailor (2010), p. 260.

De esta forma, por ejemplo, en Chile, la Superintendencia de Valores y Seguros regulaba principalmente las bolsas de valores, los corredores de bolsa y los agentes de valores[38].

Por otra parte, la Superintendencia de Pensiones regula y supervisa las actividades de las Administradoras de Fondos de Pensiones, a partir de lo dispuesto en el D.L. 3.500 que crea el Nuevo Sistema de Pensiones.

Finalmente, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras tiene a su cargo la regulación y supervisión de bancos y otras instituciones financieras, entre ellas: asesorías financieras[39], auditores externos[40], cooperativas de ahorro y crédito[41], emisores y operadores de tarjetas de crédito[42], sociedades evaluadoras[43], firmas evaluadoras de instituciones de garantía recíproca[44], firmas evaluadoras de almacenes generales de depósito[45], operadores de tarjetas de débito[46], operadores de tarjetas de pago con provisión de fondos[47], sociedades de apoyo al giro bancarias[48], sociedades de apoyo al giro de cooperativas[49], sociedades de leasing inmobiliario[50], sociedades de cobranza[51], sociedades de factoring[52], instituciones de garantía recíproca[53] y fondo de garantía para pequeños empresarios[54], almacenes generales de

[38] Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, art. 1°.

[39] Decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Bancos.

[40] Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, publicada el 22 de octubre de 1981.

[41] Decreto con fuerza de ley N° 5 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Cooperativas.

[42] Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile.

[43] Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, publicada el 22 de octubre de 1981 y decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Bancos.

[44] Ley N° 20.179 que Establece un Marco Legal para la Constitución y Operación de Sociedades de Garantía Recíproca, publicada el 20 de junio de 2007.

[45] Ley N° 18.690 sobre Almacenes Generales de Depósito, publicada el 22 de octubre de 1988.

[46] Capítulo III.J.2 del Compendio de Normas Financieras del Banco Central de Chile.

[47] Ley N° 20.950 que Autoriza Emisión y Operación de Medios de Pago con Provisión de Fondo por Entidades no Bancarias, publicada el 29 de octubre de 2016.

[48] Decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Bancos.

[49] Decreto con fuerza de ley N°5 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Cooperativas.

[50] *Ibid*.

[51] *Ibid*.

[52] *Ibid*.

[53] Ley N° 20.179 que Establece un Marco Legal para la Constitución y Operación de Sociedades de Garantía Reciproca

[54] Decreto ley N° 3.472 que Crea el Fondo de Garantía para Pequeños Empresarios, publicado el 2 de septiembre de 1980.

depósito registrados en SBIF[55], administradores de mandato registrados en SBIF[56] y Bancos[57].

Sin embargo, junto con la evolución de los mercados financieros, durante los últimos treinta años se han creado nuevos modelos de superivisión y regulación financieros; el modelo integrado y el de *twin peaks*[58].

En el modelo denominado *twin peaks*, originado en Australia, se estructura la supervisión y regulación de todo el mercado financiero a partir de dos agencias separadas; una especializada en regulación prudencial (Australian Prudential Regulation Authority; APRA) y la otra con foco en la protección del consumidor (Australian Secuturities and Investments Comiision; ASIC). Ambas, junto al Reserve Bank of Australia (RBA) y el Tesoro, forman el Concejo de Reguladores Financieros (Council of Financial Regulators), que se constituye como una instancia de coordinación y cooperación de alto nivel, sin tener una función reguladora específica[59].

Por su parte, en el mecanismo de regulación integrada existe una sola gran agencia que regula todo el mercado financiero, como ocurrió en el Reino Unido[60] entre 1997 y 2013. En este caso, el Financial Supervisory Authority fusionó nueve agencias regulatorias distintas en una sola gran entidad, con competencia para regular y supervisar a todo el mercado financiero.

Sin embargo, luego de la crisis financiera de 2008-2009, el Reino Unido decidió emigrar a un modelo de *twin peaks*, disolviendo el Financial Services Authority, dividiendo sus competencias entre dos agencias; Prudential Regulatory Authority –subsidiaria del Banco de Inglaterra– y Financial Conduct Authority, delegando además la responsabilidad de velar por la estabilidad financiera en un comité de directores del Banco de Inglaterra, denominado Financial Policy Committee[61].

## *2.2 Las normas de Basilea*

### 2.2.1 El Comité de Supervisión Bancario de Basilea

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea es un organismo internacional, creado en 1975, que tiene por objetivo "mejorar la regulación, la supervisión y

[55] Ley N° 18.690 sobre Almacenes Generales de Depósito, publicada el 22 de octubre de 1988.

[56] Ley N° 20.880 sobre Prevención de Conflictos de Interés y Transparencia en la Función Pública, publicada el 5 de enero de 2016.

[57] Decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Bancos.

[58] Schooner y Tailor (2010), p. 260.

[59] Pellerin, Walter y Westcott (2009), p. 151.

[60] Schooner y Tailor (2010), p. 265.

[61] International Monetary Fund (2016), p. 7

las prácticas bancarias en todo el mundo, con el fin de afianzar la estabilidad financiera"[62].

Actualmente está compuesto por representantes de: Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Corea, España, Estados Unidos, Francia, Hong Kong RAE, India, Indonesia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, los Países Bajos, el Reino Unido, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Turquía[63].

Sin perjuicio de que el Comité actúa a través de recomendaciones, que no son, por tanto, vinculantes ni para los países que participan del Comité ni para los países observadores como Chile, establece estándares internacionales en materia de regulación bancaria que son aplicados por varios países, lo que hace que, en virtud del gran dinamismo del mercado financiero y de capitales en el mundo, sean una suerte de estándar común, por lo que no cumplir con ellos puede generar arbitrajes regulatorios, y desincentivar, entre otras cosas, tanto que bancos extranjeros puedan ingresar al mercado local a competir, como que inversionistas nacionales puedan participar e invertir en instituciones bancarias y financieras extranjeras.

### 2.2.2 Evolución de las normas del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea.

En el año 1988, el Comité de Supervisión de Basilea creó las normas que se denominaron Basilea I, en virtud de las cuales se regulaban los estándares mínimos de capital exigibles a las industrias bancarias de cada país, orientados a regular el riesgo de crédito[64].

Parte importante de estas normas fueron recogidas en Chile, en la ley Nº 19.528, de 4 de noviembre de 1997, en la que, por ejemplo, se establecen los requisitos de capital básico, reemplazando los antiguos artículos 81 y 82 de la antigua Ley General de Bancos, en relación con lo dispuesto en el Comité de Supervisión de Basilea en 1988[65].

Luego, en junio de 2004, el Comité de Supervisión de Basilea actualizó las normas emitidas en 1988 y actualizadas en 1994, buscando establecer requerimientos de capital más sensibles al riesgo, que pudieran tener en cuenta las peculiaridades de los sistemas supervisores y contables de cada país[66].

### 2.2.3 Normas de Basilea III

En el año 2010, a partir de la experiencia de la crisis financiera de 2008-2009, principalmente en Europa y Estados Unidos, el Comité de Supervisión

[62] Comité de Supervisión Bancario de Basilea (2003), p. 5.
[63] *Op. cit*. (2012), p. 1.
[64] *Op. cit*. (1988).
[65] Biblioteca del Congreso Nacional (2017), p. 890.
[66] Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (2006), p. 2.

Bancaria de Basilea elaboró nuevas directrices en materia de requerimientos de capital, regulación microprudencial, y contención de riesgo sistémicos derivados de los ciclos económicos e interconexiones financieras[67].

En materia de requerimientos de capital a los bancos, el Comité recomienda establecer un capital mínimo de un 8% de los activos ponderados por riesgo, además de un colchón de conservación de 2,5% de los activos ponderados por riesgo, un colchón de anticíclico de entre 0 y 2,5% de los activos ponderados por riesgo, que puede ser activado por la autoridad competente de cada país, para proteger a las instituciones bancarias de los periodos de expansión del crédito, requerimientos especiales para bancos sistémicos, de hasta un 2% de los activos ponderados por riesgo, para bancos que, por su tamaño o su cantidad de interconexiones con otros bancos, están más expuestos a sus crisis[68].

Cabe destacar que todos los miembros de Comité de Supervisión Bancaria de Basilea ya han implementado a esta fecha, en general, normas de determinación de capital en base a riesgo, los requerimientos de liquidez, y las normas sobre el capital de conservación. Asimismo, veintiséis de las veintisiete jurisdicciones miembros han elaborado sus normas de capital contracíclico, y su concepto de banco sistémico, por lo que se espera que dentro de los próximos años, todas estas normas estén implementadas[69].

### *2.3 Fiscal Stability Board*

#### 2.3.1 La crisis subprime y el nacimiento del Fiscal Stability Board

En el año 2007 se inició en Estados Unidos la peor crisis financiera desde la crisis de 1929. Una de sus principales causas fue la sobrevaloración de determinados activos inmobiliarios, que fueron convertidos en otros instrumentos financieros.

Esta crisis también contagió a Europa y otros lugares del mundo con graves consecuencias para la economía mundial. En Estados Unidos se calcula que la crisis produjo una pérdida de US$ 650.000.000.000 en su producto interno bruto, y un costo fiscal de US$ 230.000.000.0000[70].

Lo anterior se tradujo en la pérdida de 5.500.000 de empleos de empleos en ese país, y de US$ 3.250 en pérdidas de remuneraciones por cada sostenedor de familia. En virtud de lo anterior, en Estados Unidos, cerca de cuatrocientas mil familias cayeron en la pobreza[71].

---

[67] Comité de Supervisión de Basilea (2010), p. 2.
[68] *Op. cit.*
[69] *Op. cit.* (2017), p. 3.
[70] Swagel (2009), p. 16.
[71] *Ibid.*

En el ámbito global, se produjo en 2009 una contracción de un 10,5% en los flujos de comercio internacional, y un 0,1% del PIB mundial (3,4% en los países desarrollados); el mayor descenso desde la segunda guerra mundial[72].

Por su parte, el rescate de las entidades financieras de dimensión sistémica, particularmente en Europa y Estados Unidos, supuso, en conjunto (hasta 2010), un gasto de un y medio billón de dólares por parte de los distintos países[73].

Finalmente, para reactivar la economía, los países debieron desembolsar cuantiosos recursos en planes de estímulos. Por ejemplo, se estima que los países del G-20 gastaron alrededor de un 2% de su PIB entre 2009 y 2010 con este fin[74].

En virtud de lo anterior, como una forma de generar acuerdos sobre cómo evitar una nueva crisis financiera, los países del G-20 crearon el Financial Stability Board como sucesor de la entidad denominada Financial Stability Forum[75].

Esta entidad tiene, entre sus objetivos principales, evaluar las vulnerabilidades del sistema financiero, e identificar y supervisar las acciones necesarias para abordarlas, además de asesorar y supervisar la implementación de las mejores prácticas para cumplir con los estándares regulatorios requeridos[76].

### 2.3.2 Recomendaciones del Financial Stability Board

En virtud del mandato anterior, en octubre del año 2011, el Financial Stability Board publicó el documento "Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions"[77], actualizado luego en 2014, en el que establece una serie de recomendaciones respecto del contenido que deben tener los regímenes de resolución bancaria.

Entre ellos podemos encontrar los siguientes:

- La necesidad de que exista en cada jurisdicción una autoridad administrativa responsable de ejercer las atribuciones que le otorgue la ley en materia de resolución bancaria, o en el caso de que exista más de una autoridad competente, deben estar claramente definidos los papeles y competencias de cada una[78].
- El proceso de resolución bancaria debe iniciarse cuando un banco no es viable, o parece no ser viable, y no hay razonables posibilidades de

[72] Banco de España (2017a), p. 70.
[73] *Ibid.*
[74] *Op. cit.*, p. 71.
[75] Líderes del G-20 (2009).
[76] *Ibid.*
[77] Financial Stability Board (2014).
[78] *Op. cit.*, p. 5.

que pueda serlo nuevamente. Deben establecerse estándares claros y adecuados, que ayuden a tomar decisiones respecto del momento en que una institución financiera debe iniciar un proceso de resolución bancaria[79].

– Las autoridades de resolución bancaria deben poder disponer de una serie de atribuciones, entre las que se encuentran[80]:
  a) Remover y nombrar directores y administradores.
  b) Nombrar a un administrador que tome control y administre la institución financiera para restaurar la empresa o partes de ella, haciéndola viable y sustentable.
  c) Tomar atribuciones de los accionistas de una firma en periodo de resolución, con el objetivo de permitir fusiones, adquisiciones, venta de operaciones, recapitalizaciones y otras medidas para restructurar la firma y sus activos.
  d) Crear un banco Puente para dar continuidad a ciertas funciones críticas y viables de una institución fallida.
  e) Crear un organismo separado, que sirva como vehículo de gestión de activos, como una subsidiaria, un fideicomiso o un administrador de activos, al que se le transfieran préstamos de bajo rendimiento o activos difíciles de valorar.
  f) Realizar un *Bail-In* como una forma de alcanzar la continuidad de las funciones esenciales de la institución financiera, a través de la recapitalización de la entidad no viable, o capitalizando una nueva entidad o una entidad puente a la que se le transfieran dichas funciones, para luego terminar con la firma no viable.
  g) Las entidades financieras deben crear y mantener actualizados planes de recuperación y resolución bancaria[81].

### 2.3.3 Adopción de los estándares internacional recomendados por el Financial Stability Board

A partir del documento descrito en el numeral anterior, diversas jurisdicciones han iniciado la implementación de mecanismos de resolución bancaria siguiendo dichas orientaciones.

En razón de sus atribuciones, el Financial Stability Board hace seguimiento a la implementación de las reformas que propone en los países del G-20. En el último informe de seguimiento, publicado en julio de 2017 se señala que han implementado totalmente los mecanismos de resolución

[79] Financial Stability Board (2014), p. 7.
[80] *Op. cit.*, p. 7.
[81] *Op. cit.*, p. 16.

bancaria propuestos por: Canadá, Francia, Alemania, Hong Kong, Italia, Holanda, Sudáfrica, España, Reino Unido y Estados Unidos[82].

*2.4 El caso del Banco Popular.*

El Banco Popular de España fue hasta fines de 2016 el sexto banco más grande de España y fue el primer banco español sometido al mecanismo único de resolución, implementado en España desde el año 2014.

La crisis del banco es de larga data; proviene de la crisis financiera española que terminó en 2012, en virtud de la cual, entre otras cosas, acumuló más de 37.000.000.000 de euros de activos tóxicos[83].

En virtud de ello, y sin perjuicio de los grandes esfuerzos de la administración del banco por mejorar su posición financiera, lo que incluyó el despido de más de tres mil empleados y varias ampliaciones de capital, el 6 de junio de 2017 el Banco Central Europeo determinó que el Banco Popular Español S.A. "era inviable o era previsible que lo fuera en un futuro"[84].

A consecuencia de lo anterior, la Comisión Rectora del Fondo de Restructuración Ordenada Bancaria, el 7 de junio de 2017, luego de un proceso competitivo, decidió vender la entidad al Banco Santander en el precio de un euro[85].

Para llevar a cabo la venta del banco, la entidad controladora, previamente, decidió llevar a cabo:

> "la amortización de la totalidad de las acciones ordinarias en circulación de Banco Popular, así como de las acciones resultantes de la conversión de los instrumentos de capital adicional de Nivel 1 (instrumentos híbridos de capital). Al mismo tiempo, se ha procedido a convertir la totalidad de los instrumentos de capital regulatorio de Nivel 2 (deuda subordinada) emitidos por Banco Popular en acciones de nueva emisión del propio banco"[86].

Debido a lo anterior, por una parte, los accionistas del banco perdieron toda su inversión, pero por otra, el banco pudo continuar su giro, los depositantes no sufrieron pérdidas en sus depósitos, el dinero de los contribuyentes no se utilizó para salvar el banco, ni tampoco, en virtud de esta crisis, otros bancos fueron contagiados.

[82] Financial Stability Board (2017), p. 3.
[83] Reuters (2017).
[84] Banco Central Europeo (2017).
[85] Banco de España (2017b).
[86] *Ibid*.

### *2.5 Comisión de Reforma a la Supervisión y la Regulación Financiera (Comisión Desormeaux)*

#### 2.5.1 Contexto de la Comisión de Reforma a la Supervisión y la Regulación Financiera.

En el año 2010, durante el gobierno del presidente Sebastián Piñera, se creó la Comisión de Reforma a la Supervisión y Regulación Financiera, también conocida como *Comisión Desormeaux*, con el objetivo de analizar y discutir los posibles perfeccionamientos a la institucionalidad financiera vigente, considerando el actual marco legal e institucional del país, el funcionamiento de los mercados internacionales y los estándares internacionales vigentes[87].

Con este mandato, la Comisión funcionó desde agosto de 2010, hasta marzo de 2011, fecha en la que entregó su informe final al Presidente de la República.

#### 2.5.2 Principales recomendaciones de la Comisión de Reforma a la Supervisión y la Regulación Financiera

Las principales conclusiones de la Comisión fueron[88]:

a) Es necesario reemplazar el modelo de supervisión y regulación vigente en Chile, organizado por silos o instituciones, a un modelo de supervisión y regulación de tipo *twin Peaks*, agrupando las tareas de supervisión de solvencia, por un lado, y las de conducta de mercado, por otro lado.

b) Se debe crear un consejo de estabilidad financiera cuyos miembros serían el ministro de Hacienda (quien lo presidiría), el presidente del Banco Central de Chile y los presidentes de tres nuevas comisiones: de Solvencia, de Conducta de Mercado y Protección al Consumidor y de Pensiones, y que tenga por objetivo principal "velar por la integridad y solidez del sistema financiero"[89].

c) Es necesario reorganizar la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y la de Valores y Seguros en dos comisiones: la de Solvencia y la de Conducta de Mercado.

La Comisión de Solvencia se formaría con la actual Superintendencia de Bancos y la Intendencia de Seguros –en lo que se refiere a regulación de solvencia y supervisión–, mientras que la Comisión de Conducta de Mercado estaría formada por los demás elementos de la Superintendencia de Valores y Seguros, aquellos que participan en materia de Conducta de Mercado en la Superintendencia de Bancos y los demás elementos de la Intendencia de Seguros, además de la

[87] Comisión para una Nueva Regulación y Supervisión Financiera (2011), p. 18.
[88] *Op. cit.*, p. 10.
[89] *Op. cit.*, p. 11.

Institucionalidad de Defensa del Consumidor Financiero, proveniente del Servicio Nacional del Consumidor[90].

d) Los perímetros regulatorios de la Comisión de Solvencia y la Comisión de Conducta de Mercado serían definidos por ley, a propuesta de la Comisión de Estabilidad Financiera[91].

e) El Consejo de Estabilidad Financiera podrá recomendar la incorporación de nuevos sectores o instrumentos al perímetro regulatorio[92].

f) Los bancos deberán someterse a un procedimiento de liquidación ordenada:

> "para evitar riesgos de moral Hazard (riesgo moral), debería contemplar severos castigos para los inversionistas y los acreedores de la institución afectada[93].

## *2.6 Nueva Ley que Crea la Comisión para el Mercado Financiero.*

### 2.6.1 Contexto

En julio del año 2013, el gobierno del presidente Sebastián Piñera presentó al Congreso un proyecto de ley para crear la Comisión de Valores y Seguros. Esta iniciativa legal se fundamentaba en los resultados de la Comisión para una Nueva Regulación y Supervisión Financiera, señalados más atrás, así como en diversas recomendaciones de entidades como el Fondo Monetario Internacional, la OECD y el Banco Mundial[94].

El proyecto de ley original reemplazaba a la Superintendencia de Valores y Seguros por una Comisión de valores y seguros, integrada por cinco comisionados; cuatro nombrados por el Presidente de la República con la aprobación, por *quorum* de 4/7 del Senado (y con dedicación *part time*), y un comisionado, que será el presidente de la Comisión, nombrado por el Presidente de la República directamente[95].

Sin embargo, durante la tramitación del proyecto, este sufrió importantes cambios. Finalmente, esta comisión se denominará Comisión para el Mercado Financiero (no Comisión de Valores y Seguros), y será una comisión compuesto por cinco miembros, todos con dedicación exclusiva; cuatro de ellos nombrados por el Senado, y uno nombrado directamente por el Presidente de la República[96].

---

[90] Comisión para una Nueva Regulación y Supervisión Financiera (2011), p. 12.

[91] *Op. cit.*, p. 13.

[92] *Op. cit.*, p. 11.

[93] *Op. cit.*, p. 12.

[94] Mensaje del proyecto de ley que crea la Comisión de Valores y Seguros, *Boletín* 9.015-05.

[95] Proyecto de ley que crea la Comisión de Valores y Seguros, *Boletín* 9.015-05, art. 8°

[96] Ley N° 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero, publicada el 23 de febrero de 2017, art. 9° y ss.

Este organismo, dirigido por un consejo compuesto por los miembros mencionados mas atrás, tiene por objetivo

> "velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, facilitando la participación de los agentes de mercado y promoviendo el cuidado de la fe pública. Para ello deberá mantener una visión general y sistémica del mercado, considerando los intereses de los inversionistas y asegurados"[97].

Además del Consejo, esta Comisión deberá nombrar, a través del Sistema de Alta Dirección Pública, a un fiscal, que estará a cargo de la Unidad de Investigación de la Comisión[98]. Este, en el marco de un procedimiento sancionatorio, deberá dirigir las investigaciones que la ley le encomiende a la Comisión, y proponer las correspondientes sanciones ante el Consejo, que resolverá en primera instancia[99], en una decisión sujeta a apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago[100].

En relación con la estructura interna de la Comisión, esta deberá ser definida por el Consejo, en el plazo de sesenta días contados desde la fecha de inicio de sus funciones[101].

Por último, el artículo 4° transitorio de la ley establece:

> "la Comisión para el Mercado Financiero no podrá ejercer sus competencias respecto de las personas, entidades o actividades sujetas expresamente al control de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, sino hasta que se materialice la modificación legal que la habilite para ejercer competencias respecto de dichas personas, entidades y actividades. En la modificación aludida deberán establecerse las formas y condiciones en que dichas facultades serán ejercidas.
>
> En cumplimiento de lo anterior, el Presidente de la República deberá enviar al Congreso Nacional, dentro del plazo de un año desde la publicación de esta ley, un proyecto de ley que modifique el decreto con fuerza de ley Nº 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican".

### *2.7 La Banca en las Sombras, las Fintech y otras organizaciones que amenazan el giro bancario*

En el mercado financiero moderno, existe una serie de organizaciones que pueden poner en peligro su estabilidad, respecto de las cuales las jurisdiccio-

[97] Ley N° 21.000..., *op. cit.*, art. 1° inc. 2.
[98] *Op. cit.*, art. 22°.
[99] *Op. cit*, art. 40 y ss.
[100] *Op. cit*, art. 70 y ss.
[101] *Op. cit*, art. 2° Transitorio.

nes deben poner atención. Son denominadas *Banca en las Sombras* o *Shadow Banking*, y, como parte de ellas, ciertos tipos de entidades financieras nuevas nacen y se desarrollan utilizando nuevas tecnologías, denominadas Fintech.

### 2.6.2. La Banca en las Sombras

#### 2.6.2.1. Concepto

La Banca en las Sombras o *Shadow Banking* se define como "la intermediación de crédito que involucra a entidades y actividades (total o parcialmente) fuera del sistema bancario regular"[102].

Se trata de entidades que pueden poner en riesgo al sistema bancario, ya que, muchas veces, realizan actividades muy similares a los bancos, e, incluso, tienen un gran tamaño, pero, al no tener que cumplir con los mismos requisitos de capital, liquidez y solvencia, pueden ser más sensibles a corridas bancarias, o a la quiebra o insolvencia de otras empresas bancarias.

Asimismo, debido a que, en muchos casos, tienen conexiones con el sistema bancario formal, debido, por ejemplo, a los préstamos que toman de los bancos, la quiebra o la insolvencia de una o más de este tipo de organizaciones puede provocar serios problemas financieros, como ocurrió en la crisis financiera de 2007-2009[103].

Chile no está ajeno a los riesgos de este tipo de entidades; de acuerdo con el último informe sobre Banca en las Sombras del Financial Stability Board, en Chile un poco más del 40% de los activos financieros proviene de instituciones que podrían ser consideradas como *Banca en las Sombras*, siendo uno de los países con porcentajes mas altos a este respecto[104].

#### 2.6.2.2. Propuestas para disminuir los riesgos asociados a la Banca en las sombras:

En virtud del estudio sistemático de los problemas de la *Banca en las Sombras*, el Financial Stability Board ha señalado que este problema debe abordarse de siguiendo los siguientes principios generales, en virtud de los cuales, la autoridad debe[105]:

- Definir y mantener actualizado el perímetro regulatorio.
- Recolectar la información necesaria para evaluar los riesgos producidos por la Banca en las Sombras.
- Divulgar la existencia de otras entidades que puedan considerarse como Banca en las Sombras, para que el mercado puedan entender el riesgo que ellas producen.

[102] Financial Stability Board (2013); pp. ii.
[103] *Ibid.*
[104] Financial Stability Board (2017), p. 47.
[105] Financial Stability Board (2013), p. 13.

– Sobre la base de las funciones económicas que se vean afectadas por la Banca en las Sombras, la autoridad debe aplicar las correspondientes herramientas de políticas públicas.

### 2.6.3. Fintech

#### 2.6.3.1. Concepto

El gran desarrollo de la tecnología durante los últimos años, y la aplicación de ella al mercado financiero, puede generar una serie de oportunidades para los inversionistas, sin perjuicio de que también trae aparejados algunos riesgos que deben ser abordados.

En este sentido, el mundo ha visto surgir nuevos sistemas de pago que usan la tecnología, páginas web y otras aplicaciones que captan depósitos o levantan capitales, seguros virtuales o servicios de inversión y administración de inversiones virtuales e, incluso, computadores que son capaces de administrar inversiones. Todas ellas son aplicaciones de la tecnología al ámbito financiero.

El ejemplo más conocido de ellas son las monedas digitales o criptomonedas como bitcoin, pero también forman parte de este tipo de entidades los sistemas de inversión a través de inteligencia artificial, o el *crowfunding* a través de páginas de internet como *kickstarter*.

Los principales aspectos positivos de este nuevo grupo de entidades es la descentralización financiera, mayor transparencia en los mercados, mayor competencia en el sistema financiero, y mayor crecimiento económico y financiero[106].

Por su parte, los riesgos que estas actividades traen aparejados pueden clasificarse en riesgos macroprudenciales y riesgos microprudenciales. Dentro de los riesgos primeros encontramos los riesgos de crédito, de liquidez, y riesgos operaciones, especialmente legales y virtuales, mientras que los riesgos macroprudenciales son el crecimiento de crédito no sustentable, crecimiento de las interconexiones, incentivos a la toma de mayor riesgo por parte de instituciones incumbentes, prociclicidad, contagio e importancia sistémica[107].

#### 2.6.3.2. Sugerencias para abordar regulatoriamente a las Fintech

Para monitorear el desarrollo de Fintech, y mitigar los riesgos relacionados a ellas, se sugiere que las jurisdicciones puedan tomar medidas como monitorear los riesgos de los proveedores de servicios de tecnología sobre los que se basan estas tecnologías y los riesgos de ciberataques, monitorear los riesgos

[106] Financial Stability Board (2017), p. 7.
[107] *Ibid*.

de relacionados a la concentración de operaciones y a las interrelaciones en las Fintech, actualizar el marco regulatorio, e intercambiar información entre autoridades competentes[108].

## 3. Proyecto de ley que Moderniza la Legislación Bancaria

En virtud de los factores latamente expuestos durante el presente trabajo, el gobierno ingresó el 13 de junio de 2017 el proyecto de ley que Moderniza la Legislación Bancaria.

De acuerdo con lo señalado en el Mensaje del proyecto, este tiene por objetivo:

> "perfeccionar la actual Ley General de Bancos con el objeto de actualizar el sistema bancario nacional de acuerdo con las mejores prácticas internacionales, de modo tal de fortalecer su capacidad para competir en el contexto de un mundo globalizado y enfrentar de la mejor forma los riesgos futuros".

### *3.1 Contenido del proyecto de ley en general*

Para ello, el proyecto propone traspasar las facultades de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras a la Comisión para el Mercado Financiero, adecuar las exigencias de capital a los estándares de Basilea III, incorporar un mecanismo de regularización temprana para bancos que estén en problemas financieros, la eliminación del Convenio de Acreedores en materia de resolución bancaria, el aumento del monto de la garantía estatal a los depósitos, el aumento de las exigencias para ser director de un banco, y la modificación de las normas de secreto y reserva bancaria, entre otras[109].

### *3.2 Regulación del perímetro de supervisión y regulación*

En relación con esta materia, el proyecto de ley traspasa el perímetro de supervisión actual de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras a la Comisión para el Mercado Financiero.

Lo anterior puede observarse, de manera clara, en el hecho de que los artículos que definen el perímetro regulatorio de la SBIF no sufren grandes cambios: en el artículo 2°, que delimitaba las instituciones bajo competencia de la SBIF, se propone eliminar la frase "y las entidades financieras cuyo con-

[108] Financial Stability Board (2017), p. 32.
[109] Proyecto de ley que Moderniza la Legislación Bancaria.

trol no esté encomendado por ley a otra institución"[110], buscando así, sacar de la ley la competencia nominal de la SBIF respecto entidades financieras distintas a los bancos, que se encontraba inactiva luego de la derogación del título XIV de la ley, referido a las sociedades financieras.

Por su parte, el artículo 12° de la Ley General de Bancos es derogado, pero su contenido es traspasado o contenido íntegramente a los artículos 1° inc. 3° y 5° numerales 1) y 4) de la ley Nº 21.000.

En el artículo 1° inc. 3°, que trata sobre el objetivo general de la Comisión para el Mercado Financiero, se le busca agregar, como inciso tercero, la frase

> "Asimismo, le corresponderá velar porque las personas o entidades fiscalizadas cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan, desde que inicien su organización o su actividad, según corresponda, hasta el término de su liquidación; pudiendo ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones"[111].

En relación con el contenido del artículo 5°, se entiende que esta facultad está contenida ya en el numeral 1), que señala que la Comisión está investida de las siguientes atribuciones generales:

> "1. Dictar las normas para la aplicación y cumplimiento de las leyes y reglamentos y, en general, dictar cualquier otra normativa que de conformidad con la ley le corresponda para la regulación del mercado financiero. De igual modo, corresponderá a la Comisión interpretar administrativamente las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas, entidades o actividades fiscalizadas, y podrá fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento. Estas potestades no podrán extenderse en ningún caso a las facultades normativas e interpretativas que le corresponden al Banco Central de Chile de conformidad con la ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 82 de su ley orgánica constitucional"[112].

En relación con el numeral 4) de este artículo, que regula la facultad de examinar operaciones, del siguiente tenor:

> "4. Examinar todas las operaciones, bienes, libros, cuentas, archivos y documentos de las personas, entidades o actividades fiscalizadas o de sus matrices, filiales o coligadas, y requerir de ellas o de sus administradores, asesores o personal, los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información"[113].

---

[110] Proyecto de ley que Moderniza la Legislación Bancaria, *Boletín* 11269-05, art. primero N° 4, letra a)

[111] *Ibid*.

[112] Ley N° 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero, art. 5° N° 1.

[113] *Op. cit.*, art. 5° N° 4.

Se propone eliminar la frase "su información", y agregar el texto:

> "para obtener información acerca de su situación, sus recursos, de la forma en que se administran sus negocios e inversiones, de la actuación de sus personeros, del grado de seguridad y prudencia con que hayan invertido sus fondos, cuando corresponda y, en general, de cualquier otro punto que convenga esclarecer para efectos de determinar el cumplimiento de la normativa aplicable por parte de la entidad fiscalizada"[114].

Por su parte, en el art. 39 de la Ley General de Bancos, que establece el delito de *invasión al giro bancario*, el proyecto propone cambios más bien formales, ya que en el inciso tercero, que actualmente establece:

> "Se presume que una persona natural o jurídica ha infringido lo dispuesto en este artículo cuando tenga un local u oficina en el que, de cualquier manera, se invite al público a llevar dinero a cualquier título o al cual se haga publicidad por cualquier medio con el mismo objeto",

se le busca agregar la frase "o disponga de alguna plataforma o medio tecnológico", luego de la palabra 'oficina', para actualizar la presunción de invasión del giro bancario a la forma como normalmente se realiza actualmente; a través de una página o plataformas web.

A su vez, en el inciso final, que establece que cualquier organismo público o privado que tome conocimiento de hechos constitutivos de infracción a este artículo debe denunciarlo a la Superintendencia, a lo que el Proyecto agrega también *al Ministerio Público*[115].

Finalmente, en el artículo 70, en el inciso 2° de la letra a), que faculta a la SBIF a fiscalizar a las empresas filiales, no hay mayores cambios.

### *3.3 Regulación de la regularización y liquidación bancaria*

En relación con la regularización y liquidación bancaria, el proyecto de ley introduce varios cambios: crea un mecanismo de regularización temprana, elimina el Convenio de Acreedores, y modifica las normas que regulan la liquidación forzosa.

El nuevo mecanismo de regularización tiene por objetivo crear una instancia para que los bancos que hubieren incurrido en alguno de los incumplimientos establecidos en el art. 112 de la Ley General de Bancos, deba presentar ante la SBIF un plan de regularización, con el fin de subsanar el incumplimiento de manera preventiva, evitando así que el banco incurra luego en situaciones de incumplimiento o insolvencia mayores.

---

[114] Proyecto de ley que Moderniza la Legislación Bancaria, *Boletín* 11269-05, art. segundo N° 1 letra b.

[115] *Op. cit.*, art. primero numeral 37, letra f.

Para ello, en caso de generarse alguna de las circunstancias previstas, el banco deberá notificar a la Comisión inmediatamente de ella, y, dentro del plazo de cinco días, presentar un plan de regularización. Por su parte, si la Comisión toma conocimiento de un hecho de esta naturaleza, debe notificar inmediatamente al banco, y solicitarle un plan de regularización[116].

Este plan, para ser aplicado, deberá ser aprobado por la Comisión. En caso de no ser aprobado, el banco puede ingresar a un proceso de liquidación forzosa[117].

Por otra parte, en relación con el Convenio de Acreedores, se derogan el artículo 122 y ss., permitiendo solo al banco ser sometido a un procedimiento de reorganización o liquidación concursal de carácter voluntario, cuando se encuentre en la fase de liquidación voluntaria, y sujeto a las normas de la ley Nº 20.720 que sustituye el Régimen Concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el papel de la Superintendencia del Ramo[118].

Finalmente, con respecto a la liquidación forzosa, se establece una presunción de que, el banco no tiene la solvencia para seguir operando, cuando:

> "a) El capital básico, deducidas las pérdidas acumuladas durante el ejercicio que aparezcan en un estado financiero, sea inferior a un 3% de los activos ponderados por riesgo o a un 2% de los activos totales, ambos netos de provisiones exigidas. La determinación de los activos que deberán considerarse para estos efectos se hará conforme a lo señalado en el artículo 67.
> b) El patrimonio efectivo, después de deducidas las pérdidas acumuladas durante el ejercicio que aparezcan en un estado financiero, sea inferior a un 5% de los activos netos de provisiones exigidas y ponderados por riesgo. La determinación de los activos que deberán considerarse para estos efectos se hará conforme a lo señalado en el artículo 67.
> c) Por efecto de pérdidas acumuladas durante el ejercicio, que aparezcan en dos estados financieros consecutivos, se desprenda que, de mantenerse el aumento proporcional de ellas en los siguientes seis meses, el banco quedará en alguna de las situaciones previstas en las letras a) o b) precedentes.
> d) La empresa bancaria mantenga con el Banco Central de Chile créditos de urgencia vencidos y, al solicitar su renovación, éste la deniegue, siempre que el informe de la Comisión haya sido también negativo, por razones fundadas.

[116] Proyecto de ley que Moderniza la Legislación Bancaria, *Boletín* 11269-05, art. 112.
[117] *Ibid*.
[118] O*p. cit.*, art. primero N° 88.

e) La empresa bancaria ha suspendido el pago de sus obligaciones, incluyendo las correspondientes a cualquier cámara de compensación"[119].

## 4. Conclusiones

Durante los últimos treinta años, Chile ha tenido un gran desarrollo económico, que ha permitido a millones de chilenos dejar la pobreza y poder gozar de una mejor calidad de vida, y de una gran cantidad de bienes y servicios como jamás las generaciones anteriores pudieron hacerlo.

Parte de importante de ese crecimiento económico ha descansado sobre un mercado financiero robusto, competitivo, con normas claras y estables, que, habiendo aprendido las lecciones de la crisis financiera de la década de 1980, ha sabido sortear con éxito los vaivenes de la economía mundial.

Sin embargo, como la historia ha enseñado, tanto a nuestro país, hace treinta y cinco años, como al resto del mundo, hace apenas una década, una crisis financiera o bancaria de envergadura puede hacer retroceder a un país en pocos meses, lo que con años de esfuerzo y sacrificio ha logrado construir.

En virtud de lo anterior, es de vital importancia que el sistema financiero cuente con todas herramientas necesarias para evitar que se produzcan crisis financieras o bancarias, o para que, si ellas se producen, sus efectos sean lo más acotados posible.

Por ello, resulta altamente valorable que el gobierno haya querido, a través del proyecto de ley que es objeto del presente artículo, modernizar la legislación bancaria, vigente en Chile sin mayores cambios desde hace más de treinta años.

Este proyecto, en líneas generales, representa un importante avance en materias de regulación de capital y liquidez, adaptando nuestra legislación a los estándares de Basilea III, robusteciendo nuestras instituciones de regulación y supervisión bancaria, y reduciendo los arbitrajes regulatorios con las normas de otras jurisdicciones, lo que, en un mundo globalizado, es vital importancia.

Sin embargo, se considera que tiene mucho por mejorar en materia de resolución bancaria, y de perímetro de regulación y supervisión de la Comisión para el Mercado Financiero.

En relación con la resolución bancaria, la forma como se regule este aspecto puede marcar la diferencia entre que la crisis de una institución bancaria quede radicada solo en ella, y su solución no erogue mayor gasto fiscal, o contagie a todas las demás instituciones y pueda producir una crisis al mercado financiero en su conjunto.

[119] Proyecto de ley que Moderniza la Legislación Bancaria, *Boletín* 11269-05, art. primero N° 88.

En este sentido, si bien resulta valorable la introducción de medidas preventivas, como los planes de regularización, para evitar que una institución entre en crisis si, por cualquier razón, esta produce, la regulación va a ser la misma que ha regido al sector bancario durante los últimos años, sin aprovechar la experiencia acumulada en el mundo producto de la crisis s*ubprime*.

En efecto, mientras, a partir de las recomendaciones del Financial Stability Board, los países más desarrollados han introducido mecanismos de resolución bancaria en los que entregan al regulador distintas herramientas, como la de crear planes de resolución, la posibilidad de crear un banco puente, un banco bueno y un banco malo, o hacer una operación de *Bail In*, el proyecto de ley no solo no introduce mecanismos de resolución sino que, además, elimina el Convenio de Acreedores.

De esta forma, si una institución bancaria entra en una crisis financiera, y fracasa la solución privada, sin perjuicio de las medidas de rescate financiero que pueda tomar el Banco Central o, incluso, el Congreso a través de una ley, la institución deberá ser liquidada, lo que puede producir una pérdida innecesaria en el valor de sus activos.

Por ello se recomienda introducir en este proyecto, o a través de uno posterior, un mecanismo de resolución bancaria que otorgue mayores herramientas al regulador para hacer frente a una crisis financiera.

Respecto a las herramientas específicas que deba entregar el mecanismo de resolución a la autoridad, estas deben discutirse una a una con cautela, para que ellas permitan resguardar los derechos de depositantes y contribuyentes, sin vulnerar el derecho de propiedad de los accionistas. En este sentido, las herramientas de segregación de activos, como la facultad de crear un banco puente, o la de crear un banco bueno y un banco malo no parecen entrar en pugna con el derecho de propiedad garantizado en la Constitución.

Por otra parte, en relación con el perímetro de regulación y supervisión, se hubiese considerado más adecuado que, en el mismo proyecto que creó la Comisión para el Mercado Financiero, se hubiese incorporado a ella la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, de manera de tener una discusión sobre el modelo de supervisión y regulación del mercado financiero en su conjunto, y no por etapas.

Sin perjuicio de lo anterior, en virtud de este proyecto, a pesar de cambiar de modelo de supervisión desde superintendencias unipersonales hacia un cuerpo colegiado, y al contrario de lo sugerido por la Comisión Desormeaux, la Comisión para el Mercado Financiero seguirá siendo una entidad que supervise por tipo de institución y no por actividad, como lo sugieren los organismos internacionales, desaprovechando parte importante de las potencialidades que tiene un modelo de supervisión consolidado.

De esta forma, al tener la Comisión para el Mercado Financiero la simple suma de los ámbitos de competencia de la SBIF y la SVS, podría

darse la paradoja que, si al momento de estar vigente la ley ocurren estafas financieras como las que hemos conocido en el último tiempo, esta señale que no es competente para investigarlas porque no se trata de sujetos bajo su supervisión, lo que deja en una gran desprotección a muchos pequeños inversionistas, y podría producir una merma importante en la credibilidad de la Comisión.

En virtud de lo anterior, se consideraría adecuado introducir en la ley Nº 21.000, como una infracción administrativa, la invasión no solo al giro bancario sino al de cualquier entidad financiera que esté bajo competencia de supervisión de la Comisión para el Mercado Financiero, buscando que esta sea proactiva en la fiscalización, detección y sanción de los fraudes y estafas financieras, y en la persecución administrativa de entidades que, simulando formar parte del mercado formal, actúan desde la informalidad, dejando como delito, susceptible de ser investigado por el Ministerio Público, a los casos mas graves.

Asimismo, respecto del perímetro regulatorio, si bien se reconoce que la regla general en materia de regulación de una actividad económica debe ser la reserva legal, tomando en cuenta la aparición de nuevos tipos de entidades y actividades financieras de la mano de la tecnología, y los riesgos que pueden producir las actividades de la Banca en las Sombras, se debiera dar a la Comisión una potestad acotada para regular la aparición y el desarrollo de nuevos tipos de actividades financieras, sobre todo cuando estas pueda producir riesgo sistémico[120], o cuando sea necesario poner a prueba un tipo de regulación para una nueva actividad financiera.

Los temas anteriores, tanto en materia de resolución bancaria como de modificación al perímetro de supervisión y regulación, requieren de una discusión profunda entre los distintos actores del mercado financiero, ya sea durante la tramitación de este proyecto, o en otros proyectos de ley especialmente diseñados al efecto.

Si bien podría considerarse que en virtud de la solidez de nuestro sistema bancario, estas medidas son innecesarias, lo cierto es que, como lo ha demostrado la experiencia, las crisis financieras son impredecibles, por lo que, no hacer los cambios adecuados a tiempo en nuestro sistema de supervisión y resolución bancario, podría hipotecar varias décadas de crecimiento y esfuerzo.

## Bibliografía

Bakker, Bas y Christoph Klingen (2012): *How Emerging Europe Came Trough the 2008/09 Crisis* (Washington, Fondo Monetario Internacional).

[120] Bergoing (2017).

Banco de España (2017a): *Informe sobre la Crisis Financiera y Bancaria en España, 2008-2014* (Madrid, Banco de España).

Banco de España (2017b): *El FROB ejecuta la resolución del Banco Popular acordada por la Junta Única de Resolución y vende la entidad al Banco Santander Nota de prensa – 7 de junio de 2017*. Publicado el 7 de junio de 2017. Disponible en: www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/InformacionInteres/Mur/ficheros/170607_NP_Popular_Santander.pdf. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Banco Central Europeo (2017): *El BCE determinó que Banco Popular Español, S.A. era inviable o era previsible que lo fuera en un futuro próximo*. Publicado el 7 de Junio de 2017. Disponible en www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/SalaPrensa/ComunicadosBCE/NotasInformativasBCE/17/presbce2017_68.pdf [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Bergoing, Raphael (2017): *Modernización de la Legislación Bancaria; Una Mirada Constructiva*. Presentación ante la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, el 1 de agosto de 2017. Disponible en: www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=110604&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Biblioteca del Congreso Nacional (2017); *Historia de la Ley 19.528*, Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37309/1/HL19528.pdf. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Buchi Buc, Hernán (1985): *Informe Técnico Proyecto de Ley que Introduce Modificaciones a la Legislación Bancaria y Financiera*; Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5532/HLD_5532_e47ba7d45468d4ea63633103d9452aed.pdf [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Cámara de Diputados (2013): *Proyecto de Ley que Crea la Comisión de Valores y Seguros, Boletín 9.015-05*. Publicado el 3 de julio de 2013. Disponible en www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9420&prmBoletin=9015-05 [fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Cámara de Diputados (2016): *Informe de la Comisión Investigadora sobre la Actuación de los Organismos Públicos Competentes en relación al Eventual Fraude de Empresas de Inversión*. Publicado el 29 de agosto de 2016. Disponible en www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmID=1160. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Comisión para una Nueva Regulación y Supervisión Financiera (2011): *Comisión para la Reforma a la Regulación y Supervisión Financiera*. Publicado el 7 de abril de 2011. Disponible en www.hacienda.cl/mercado-de-capitales/mercado-de-capitales-bicentenario/comision-de-supervision-financiera.html. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Comité de Supervisión Bancario de Basilea (1988): *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards.* Publicado en Julio de 1988. Disponible en www.bis.org/publ/bcbs04a.htm. [Fecha de Consulta: 17 de octubre de 2017].

Comité de Supervisión Bancario de Basilea (2003): *Carta estatutaria del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS)*. Publicada en enero de 2003. Disponible en www.bis.org/bcbs/charter_es.pdf [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Comité de Supervisión Bancario de Basilea (2006): *Convergencia Internacional de medidas y normas de capital*. Publicado en julio de 2004. Disponible en www.bis.org/publ/bcbs128_es.pdf. [Fecha de consulta: 17 de Octubre de 2017].

Comité de Supervisión Bancario de Basilea (2010): *Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios.* Publicado en diciembre de 2010. Disponible en www.bis.org/publ/bcbs189_es.pdf [Fecha de Consulta: 17 de octubre de 2017].

Comité de Supervisión Bancario de Basilea (2017): *Thirteenth progress report on adoption of the Basel regulatory framework*. Publicado en octubre de 2017. Disponible en www.bis.org/bcbs/publ/d418.pdf. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

De Gregorio, José (2005): "Crecimientos Económico en Chile: Evidencia, Fuentes y Perspectivas" en *Banco Central de Chile, Documentos de Trabajo*, N° 298, diciembre de 2004.

Financial Stability Board (2013): *Strengthening Oversight and Regulation of Shadow Banking*. Publicado el 29 de agosto de 2013. Disponible en www.fsb.org/wp-content/uploads/r_130829c.pdf. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Financial Stability Board (2014): *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*. Publicado en octubre de 2014. Disponible en www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111104cc.pdf. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2017].

Financial Stability Board (2017): *Implementation and Effects of the G20 Financial Regulatory Reforms*. Publicado el 3 de julio de 2017. Disponible en www.fsb.org/wp-content/uploads/P030717-2.pdf. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Financial Stability Board (2017): *Global Shadow Banking Monitoring Report 2016*. Publicado el 10 de mayo de 2017. Disponible en www.fsb.org/wp-content/uploads/global-shadow-banking-monitoring-report-2016.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Financial Stability Board (2017): *Financial Stability Implications from FinTech*. Publicado el 27 de junio de 2017. Disponible en www.fsb.org/wp-content/uploads/R270617.pdf [fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Held, Günther y Luis Felipe Jiménez (1999): *Liberalización financiera, crisis y reforma al sistema bancario chileno: 1974-1999* (Santiago, CEPAL)

International Monetary Fund (2016): *United Kingdom: Financial Sector Assessment Program. Detailed Assessment Of Observance On The Basel Core Principles For Effective Banking Supervision*, junio de 2016. Publicado por el International Monetary Fund Publication Service. Disponible en www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/31/United-Kingdom-Financial-Sector-Assessment-Program-

Basel-Core-Principles-for-Effective-43977. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Líderes Del G-20 (2009): *Declaration on Strengthening The Financial System*. Publicado el 2 de abril de 2009. Disponible en www.g20.utoronto.ca/2009/2009ifi.pdf. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2017].

Morand Valdivieso, Luis (2000): "Apuntes sobre la fiscalización bancaria en Chile", en *Revista Información Financiera*; Septiembre de 2000: pp. xiii a xvi.

Pellerin, Walter y Westcott (2009): "The consolidation of Financial Regulation: Pros, Cons, and Implications for the United States" en *Economic Quaterly*, Vol. 92 N° 2: pp. 121-160; Department of the Federal Reserve Bank of Richmond Disponible en www.richmondfed.org/publications/research/economic_quarterly/about. [Fecha de Consulta: 17 de octubre de 2017].

Reuters (2017): *Spain's Banco Popular to sell off assets to boost depleted capital*. Publicado el 5 de mayo de 2017. Disponible en www.reuters.com/article/us-banco-popular-results/spains-banco-popular-to-sell-off-assets-to-boost-depleted-capital-idUSKBN1810PN. [Fecha de consulta: 17 de octubre].

Schooner, Heidi Mandanis y Michael W Taylor (2010): *Global Bank Regulation: Principles and Policies* (San Diego California, Elsiever).

Stijn Claessens, M. Ayhan Kose (2014): "Financial Crises: Explanations, Types and Implications"; en M. Ayhan Kose Stijn Claessens; Luc Laeven y Fabián Valencia, *Understanding Financial Crises: Causes, Consequences, and Policy Responses* (Washington, International Monetary Fund): pp. 3-60.

Swagel, Phillip (2009): *The Cost of the Financial Crisis: The Impact of the September 2008 Economic Collapse.* Investigación presentada el 18 de marzo de 2010 en la conferencia "Financial Reform: Too Important to Fail". Disponible en: www.pewtrusts.org/~/media/assets/2010/04/28/c ostofthecrisisfinal.pdf. [Fecha de Consulta: 17 de octubre de 2017].

Vergara, Rodrigo (2015): "Chile y la Agenda Regulatoria Financiera Global" en *Documentos de Política Económica del Banco Central de Chile*, Edición N° 57, agosto de 2015.

## *Normas*

Capítulo iii.J.2 del *Compendio de Normas Financieras* del Banco Central de Chile.

Decreto con fuerza de ley N° 252; Ley General de Bancos, publicado el 4 de abril de 1960.

Decreto con fuerza de ley N°5 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Cooperativas, publicado el 17 de febrero de 2004.

Decreto ley N° 1.097 del Ministerio de Hacienda, de 1975, que Crea la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y señala sus funciones, publicado el 25 de julio de 1975.

Decreto ley N° 3.472 que Crea el Fondo de Garantía para Pequeños Empresarios, publicado el 2 de septiembre de 1980.

Ley N° 18.690 sobre Almacenes Generales de Depósito, publicada el 22 de octubre de 1988.

Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, publicada el 22 de octubre de 1981.

Ley N° 18.576 que Introduce Modificaciones a la Legislación Bancaria y Financiera, publicada el 27 de noviembre de 1986.

Ley N° 20.179 que Establece un Marco Legal para la Constitución y Operación de Sociedades de Garantía Recíproca, publicada el 20 de junio de 2007.

Ley N° 20.190, que Introduce Adecuaciones Tributarias e Institucionales para el Fomento de la Industria de Capital de Riesgo y Continúa El Proceso de Modernización del Mercado de Capitales, promulgada el 17 de mayo de 2007.

Ley N° 20.880 sobre Prevención de Conflictos de Interés y Transparencia en la Función Pública, publicada el 5 de enero de 2016.

Ley N° 20.950 que Autoriza Emisión y Operación de Medios de Pago con Provisión de Fondo por Entidades no Bancarias, publicada el 29 de octubre de 2016.

Ley N° 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero, publicada el 23 de febrero de 2017.

## *Jurisprudencia*

Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (1989): Resolución N° 76 del 5 de mayo de 1989.

Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (1989): Resolución N° 236 del 13 de noviembre de 1989.

# COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

# UNA NUEVA MIRADA JURISPRUDENCIAL AL ARTÍCULO 2331 DEL *CÓDIGO CIVIL*. COMENTARIO DE UNA SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, AUTOS ROL Nº 65.403-2016, CARATULADOS "LOYOLA VILLALOBOS JUAN IGNACIO CON EMPRESA EL MERCURIO S.A.P."

*Fernando José Rabat Celis*[*]

## A. A modo de exordio

1. El artículo 2331 del *Código Civil* dispone:

> "las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación".

2. Por más de un siglo, esta norma fue interpretada en el sentido que nuestro legislador civil estableció la improcedencia de la indemnización del daño moral en sede extracontractual, cuando el ilícito civil se configura con ocasión de una imputación que afectase la honra o el crédito de la persona.

   En efecto, un análisis exegético de la disposición llevaba a concluir que, en estos casos, excepcionalmente, procedía la reparación pecuniaria en tanto se probase una afectación constitutiva de daño emergente o lucro cesante, mas no permitía la reparación del daño puramente moral.

   Es más, a comienzos del siglo pasado, cuando se discutía, en términos generales, la admisibilidad de la reparación del daño moral, precisamente esta norma, interpretada *a contrario sensu*, permitía concluir que, en los demás casos, es decir, aquellos no constitutivos de una imputación al honor o crédito de la persona, sí se indemnizaba el daño moral. Así, lo señala el profesor Corral Talciani en cuanto

[*] Profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo.

"el art. 2331, al regular el caso especial de las imputaciones injuriosas, limita expresamente la reparación al daño patrimonial, de lo cual *se deprende que la regla general* es que la indemnización no sólo incluye el daño avaluable en dinero, *sino también el llamado daño moral*"[1].

3. Entre los autores, por ejemplo, Pablo Rodríguez Grez, señala que el artículo 2331

"constituye una excepción al principio de reparación integral. Ella se refiere a una situación puntual en la cual la víctima sólo puede reclamar los daños patrimoniales, y no los daños morales que puedan haberse producido"[2];

agrega el profesor Rodríguez:

"desde luego, el propósito de esta disposición resulta evidente. Se trata de excluir la reparación del daño moral, limitando la indemnización al daño material"[3].

Al buscar una razón que explique el origen de la norma, señala que ella se encuentra en el interés del legislador de evitar "la proliferación de juicios", situación que se advierte en otras instituciones, como el derecho de rescate del artículo 1913 del mismo cuerpo legal.

A su turno, el decano Alessandri Rodríguez, refiriéndose a la regla general que emana del artículo 2329 del *Código Civil*, en cuanto en sede extracontractual se indemniza *todo daño*, agregaba que, en razón de ello

"cuando el legislador quiso exceptuar de esta regla ciertos daños morales y establecer que no son indemnizables sino en determinadas circunstancias, necesitó decirlo, como en el caso del art. 2331"[4];

en similar sentido, Orlando Tapia expone:

"cuando el legislador ha querido restringir la indemnización y apreciación de los daños morales, y los efectos de estos, ha debido consignar una disposición que así lo establezca, y ella la encontramos en el artículo 2331 del Código Civil"[5].

Arturo Alessandri reiteraba la idea antes expuesta, en cuanto del texto del artículo 2331 se desprende:

[1] Corral (2013), p. 144.
[2] Rodríguez (2010), p. 316.
[3] *Ibid.*
[4] Alessandri (1943), p. 227.
[5] Tapia (2006), p. 225.

"si tales imputaciones (injuriosas) no se hacen por alguno de los medios señalados en el decreto-ley N° 4256 citado, rige lo dispuesto en el art. 2331 C.C.: el daño meramente moral no es indemnizable en dinero, solo lo es el que se traduzca en una disminución actual o futura del patrimonio"[7].

Asimismo, Enrique Barros concuerda en orden a que

"una interpretación literal de estas normas lleva a concluir que el derecho chileno excluye la indemnización del daño moral causado por expresiones injuriosas que afectan la honra de una persona, a menos que esas expresiones sean calificables como delitos de injurias o calumnias de conformidad con el derecho penal y que hayan sido difundidas por un medio de comunicación"[8].

4. En síntesis, existe consenso en orden a que el artículo 2331 del *Código Civil* es una norma que interpretada en forma exegética limita claramente la procedencia de la indemnización del daño moral, cuando el ilícito civil se configura por una imputación injuriosa que afecta el honor o el crédito de una persona, y siempre que no esté cubierta por la ley N° 19.733.

## B. La sentencia en comento:

1. El actor dedujo demanda en sede extracontractual, argumentando que el demandado realizó una publicación periodística, afectando su honra y crédito, al informar que fue expulsado de Carabineros de Chile por un vínculo con una banda de narcotraficantes. La demanda tiene una acción principal, la referida en el artículo 40 de la ley N° 19.733, y una subsidiaria, que se interpone para el evento que no se acoja la primera, consistente en una acción de reparación conforme las reglas del título XXXV del libro IV del *Código Civil*.
2. El Mercurio S.A.P., entre otros argumentos, sostuvo la improcedencia del daño moral tratándose de la responsabilidad aquiliana, fundado en el artículo 2331 del *Código Civil*, puesto que "este tipo de reparación no procedería en el caso de imputaciones injuriosas".
3. En el considerando 13° y ss., el fallo se avoca a analizar la supuesta infracción al artículo 2331.

[6] Regulaba las materias referidas a los abusos de publicidad.
[7] Alessandri (1943), p. 231.
[8] Barros (2009), p. 578.

Luego de transcribir su texto, los sentenciadores reconocen que *prima facie* la norma determinaría la imposibilidad absoluta de la reparación del daño moral, no obstante lo cual señalan que ella debe ser

"analizada a la luz de una interpretación sistemática e integradora de la disposición legal en cuestión con las demás normas y principios del ordenamiento jurídico".

A partir de esta declaración, que nos parece correcta atentos a lo dispuesto en el artículo 22 del *Código Civil*, el máximo tribunal expone los siguientes argumentos, que avalan la modificación a la interpretación que tradicionalmente se efectuó de la norma, a saber:

a. El progresivo reconocimiento y ampliación que ha experimentado el daño moral, como tendencia general y también particular en nuestro país.
b. Señalando, especialmente, que a partir de lo dispuesto en el artículo 19 N$^{os}$ 1 y 4 de la Carta Fundamental, es posible afirmar que en la actualidad la reparación del daño moral tiene base constitucional, de lo que se sigue que su amparo no se agota en la legislación ordinaria. Es más, este razonamiento tiene directa relación con lo expuesto en el considerando 15° del fallo, en el cual se afirma:

"en definitiva la respuesta al cuestionamiento formulado no puede resolverse a favor de la tesis de exclusión de la indemnización del daño moral en el caso de atentados contra la honra, pues ello impide de manera absoluta y a priori, sin una debida y razonable justificación, la reparación de un derecho tutelado constitucionalmente".

c. Entonces, en razón del avance que ha experimentado el reconocimiento del daño moral, tanto en el ámbito legislativo como de la doctrina y jurisprudencia, no resulta explicable que la conculcación del derecho a la honra, no admita resarcimiento del daño moral, de acuerdo con el artículo 2331 del *Código Civil*.
d. Agrega la Excma. Corte que para explicar el origen de la norma, es menester considerar que la Constitución de 1833 no recogía el derecho a la honra y que, en ese tiempo, tampoco era pacífica la procedencia de la indemnización del daño moral, al no encontrarse una referencia expresa a esa forma de lesión.
e. Con todo, no es posible aceptarse la eliminación o exclusión de la reparación del daño moral, pues ello implicaría la afectación en su esencia de un derecho reconocido y protegido constitucionalmente y consagrado también en la legislación civil, tal como aparece del inciso 1 del artículo 2329 del *Código Civil*.
f. Es más, en caso de mantenerse la actual inteligencia del artículo 2331 se afectaría el principio de responsabilidad que impregna

todo el ordenamiento jurídico a través de diversas formas en que se traduce, ya sea como obligación de responder por los perjuicios causados por la infracción de un deber jurídico, sea sufriendo el castigo por el delito cometido... sea satisfaciendo la indemnización del daño infligido a otro cuando deliberadamente o por pura negligencia se ha contravenido una obligación de carácter civil.

g. Finalmente, se cita una ponencia del profesor Corral, en la cual se afirma:

"la denegación del daño moral solo alcanza a las imputaciones injuriosas y no a las violaciones a los derechos de intimidad o imagen, donde recupera vigencia el principio de reparación integral del daño".

4. De lo expuesto, concluye la Excma. Corte señalando que no resulta procedente excluir en este caso y *a priori* la reparación del daño moral sufrido por la demandante, pues su procedencia emana del reconocimiento que la propia Constitución Política de la República hace y de las normas del estatuto civil de la responsabilidad extracontractual en que se sustenta la responsabilidad demandada y del principio de responder por los perjuicios ocasionados. En consecuencia, no son excluyentes la libertad de emitir opinión y la de informar con el principio de responsabilidad penal o civil, pues la normativa reconoce esos derechos, pero establece a su vez la obligación de responder de los delitos y abusos que se comentan en el ejercicio de estas libertades.

## C. En síntesis

1. No podemos sino celebrar la sentencia que hemos comentado, por cuanto ella importa un avance en lo que se refiere a antiguos criterios de interpretación de la ley, imponiendo como idea central el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana, como son el derecho a la integridad psíquica de todo individuo y a la honra de la persona y de su familia.

   De esta manera se recoge el fenómeno planteado hace ya algunos años por el profesor Ramón Domínguez A., llamado de la *Constitucionalización del Derecho Civil*, una de cuyas consecuencias es precisamente que las herramientas de interpretación de la ley deben adecuarse a la norma constitucional, en el sentido que la hermenéutica legal procede *desde* la Constitución, de suerte tal que al tener que optar por los distintos sentidos que puede darse a una ley, habrá de preferirse a aquella que sea más conforme a la Carta Fundamental, desechándose la que la vulnere.

2. También debe destacarse que esta sentencia recogió algunos reparos que había efectuado en su momento la doctrina y la jurisprudencia constitucional, a la estrictez con que se interpretaba el artículo 2331 del *Código Civil*.

Así, por ejemplo, Enrique Barros sostiene:

> "hay razones para asumir que el artículo 2331 ha sido tácita u orgánicamente derogado en razón de cambios más generales relativos a la reparación del daño moral; particularmente, porque carece de soporte sistemático en el ordenamiento civil contemporáneo"[9].

Y ya hace bastante tiempo el Tribunal Constitucional[10] había declarado inaplicable en ciertos casos concretos, el artículo 2331. En una sentencia reciente, fundó la inaplicabilidad en las siguientes circunstancias

i) que el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y a la honra;
ii) que, si bien el legislador puede darle configuración a la garantía constitucional, al restringir tan severamente la reparación solo al ámbito pecuniario, el precepto constitucional se transformaría en una norma vacía;
iii) de esta forma, la libertad del legislador para configurar la forma de aplicación de un precepto constitucional no es ilimitada, tal como se desprende del artículo 19 N° 26; y
iv) que no existe una justificación razonable o proporcionada para la limitación y diferencia que contempla el artículo 2331 del *Código Civil*

## Bibliografía

Alessandri Rodríguez, Arturo (1943): *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria).

Barros Bourie, Enrique (2009): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Corral Talciani, Hernán (2013): *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (2ª ed., Santiago, LegalPublishing).

Rodríguez Grez, Pablo (2010): *Responsabilidad Extracontractual* (2º ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Tapia Suárez, Orlando (2006): *De la Responsabilidad Civil en General y de la Responsabilidad Delictual entre los Contratantes* (2ª ed., Santiago, LexisNexis).

[9] Barros (2009), p. 579.

[10] Sentencia pronunciada con fecha 19 de mayo de 2016, rol Nº 2915-2015-INA.

# SOBRE LA FORMA EN QUE DEBEN PROMOVERSE LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN LA FORMA Y DE APELACIÓN EN CONTRA DE UNA SENTENCIA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA; UNA RECIENTE SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA QUE SUBSIDIA LA FALTA DE LÓGICA

# ON THE FORM IN WHICH THE CASSATION RESOURCES MUST BE PROMOTED IN THE FORM AND OF APPEAL AGAINST A DEFINITIVE SENTENCE OF THE FIRST INSTANCE; A RECENT SENTENCE OF THE EXCELLENT SUPREME COURT THAT SUBSIDIES THE LACK OF LOGIC

*Aníbal Korn Agusti*[*]
*Benjamín García Mekis*[**]

Resumen: El presente comentario examina un reciente fallo del Máximo Tribunal que efectúa un ejercicio de interpretación de aquellos artículos del *Código de Procedimiento Civil* que regulan las exigencias sobre la forma en que deben intentarse, conjuntamente, los recursos de casación en la forma y de apelación en contra de una sentencia definitiva de primera instancia y que concluye que ambos medios de impugnación no deben, necesariamente, interponerse uno (el de apelación) en subsidio del otro (de casación en la

[*] Abogado, ayudante Departamento de Derecho Privado en la Universidad de Chile. Correo electrónico: anibal.korn@ppulegal.com

[**] Abogado, LL.M. Duke University, Magíster en Derecho Universidad de Chile. Correo electrónico: benjamin.garcia@ppulegal.com

forma). Concluimos que tal aproximación es errada puesto, que no solo desconoce el tenor literal de ciertos preceptos legales sino, también, el sentido y la lógica intrínseca que importa el orden en que deben ser promovidos ambos medios de impugnación cuando se deducen conjuntamente.

Palabras clave: Recurso de Casación en la Forma - Recurso de Apelación - Interpretación - Sentencia Definitiva de Primera Instancia - Medios de Impugnación.

Abstract: The present commentary examines a recent ruling of the Supreme Court that carries out an exercise of interpretation of those articles of the Code of Civil Procedure that regulate the requirements on the way in which the cassation appeals in the form and appeal against one should be tried together. Final judgment of first instance and that concludes that both means of challenge should not necessarily interpose one (the appeal) in subsidy of the other (of cassation in the form). We conclude that such an approach is a mistake, that not only ignores the literal tenor of certain legal precepts, but also the sense and intrinsic logic that matters the order in which both means of challenge should be promoted when deduced together.

Keywords: Appeal in the Form - Appeal - Interpretation - Final Judgment of First Instance - Impugnation means.

* * *

## I. Antecedentes de la causa

La sentencia que comentamos fue dictada por la Excma. Corte Suprema el día 8 de mayo de 2017, en los autos seguidos bajo el rol de ingreso N° 83.347-2016, caratulados Sociedad Agrícola Las Garzas Limitada con Empresa Eléctrica Pehuenche S.A. y otros.

En los hechos, con fecha 2 de marzo de 2011, la sociedad agrícola y ganadera Las Garzas Limitada ("Las Garzas") compareció ante el Primer Juzgado de Letras de Linares solicitando la regularización e inscripción de una serie de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes, de carácter consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, respecto de los cauces, puntos de captación y caudales ubicados en la comuna de Colbún, provincia de Linares, Séptima Región, al tenor de la facultad que le reconoce el artículo 2° transitorio del *Código de Aguas*[1]

[1] Artículo 2° transitorio del *Código de Aguas*: "Los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en

Las Garzas fundó su petición aseverando que el uso de las aguas cuya regularización solicitaba se había efectuado libre de clandestinidad y violencia, sin reconocer dominio ajeno, por más de cien años. Señaló, además, que las aguas materia de su solicitud se captaban gravitacionalmente en terrenos propios, por lo que no es necesario imponer servidumbre.

Se opuso a la pretensión de Las Garzas la Junta de Vigilancia del Río Maule; Colbún S.A. ("Colbún") y Empresa Eléctrica Pehuenche S.A. ("Pehuenche").

La entidad de vigilancia fundó su oposición en el agotamiento de los cursos de aguas y en que no se habría verificado un uso ininterrumpido de las mismas que permita su regularización según lo solicitado por Las Garzas.

Colbún –por su parte– se opuso a la solicitud de Las Garzas señalando, en síntesis, que no existían obras de captación en los puntos singularizados por esta última, por lo que no era posible acreditar el uso ininterrumpido que servía de base para su petición y, además, que las captaciones que se pretende regularizar se encuentran aguas arriba de los puntos de captación de Colbún, por lo que acceder a la misma representaba un perjuicio para el ejercicio de sus derechos.

Por otro lado, Pehuenche argumentó –en pocas palabras– que no concurrían los requisitos consagrados en el mentado artículo 2° transitorio del *Código de Aguas*, especialmente porque no existía un uso ininterrumpido de los derechos cuya regularización se solicitaba y, además, que la empresa eléctrica Pehuenche S.A. era titular de parte de dichos derechos de aguas, por lo que acceder a la regularización solicitada por Las Garzas representaba un perjuicio para la empresa titular de los mismos.

---

vigencia este código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes:

a) La utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno;

b) La solicitud se elevará a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en el párrafo 1° del Título I del Libro II de este código;

c) Los terceros afectados podrán deducir oposición mediante presentación que se sujetará a las reglas señaladas en la letra anterior, y

d) Vencidos los plazos legales, la Dirección General de Aguas remitirá la solicitud y todos los antecedentes más la oposición, si la hubiere, al Juez de Letras en lo Civil competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes de este código.

El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural".

## II. Íter procesal

Mediante sentencia definitiva de fecha 25 de septiembre de 2015, el citado Tribunal acogió parcialmente la solicitud promovida por Las Garzas y desestimó las oposiciones formuladas por la Junta de Vigilancia del Río Maule, Colbún y Pehuenche.

Contra la sentencia definitiva de primera instancia, Las Garzas dedujo *recursos de apelación ("en lo principal")* y de *casación en la forma ("conjuntamente")*; mismos que una vez concedidos por el tribunal de primer grado, fueron declarados admisibles por la Sala Tramitadora de la Ilma. Corte de Apelaciones de Talca en voto dividido, puesto que el ministro. Sr. Muñoz se opuso a dicha decisión en lo que atañe al recurso de nulidad formal por considerarlo improcedente al haber sido intentado después del recurso de apelación, con lo que se reconocería, implícitamente, la validez del fallo impugnado.

En efecto –en lo que nos interesa– según consta en la resolución dictada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Talca con fecha 13 de febrero de 2016 que ordenó traer los autos en relación, esta fue

> "Acordada con el voto en contra del Ministro don Moisés Muñoz Concha, quien considera que la interposición del recurso de apelación deducido en lo principal de la presentación de fojas 391 importa, implícitamente el reconocimiento de validez del fallo, eficacia que enseguida se le desconoce mediante la interposición del recurso de casación en la forma deducido a continuación, por ende, estuvo por declararlo inadmisible, por improcedente"[2].

Conociendo derechamente de ambos recursos, previa vista de los mismos, con fecha 13 de agosto de 2016, la Segunda Sala de la Ilma. Corte de Apelaciones de Talca –siguiendo la postura planteada con anterioridad por el ministro Muñoz– los declaró inadmisibles sobre la base de una interpretación del artículo 798 del *Código de Procedimiento Civil*, según el cual se desprendería:

> "(...) para que esa Corte estuviera en condiciones de conocer el recurso de apelación deducido en contra del fallo de primera instancia se debería rechazar, previamente, el recurso de casación en la forma interpuesto respecto de la misma sentencia, motivo por el que, según concluyen, se debe deducir, en primer lugar, el recurso de casación en la forma y, luego, para el caso que éste sea rechazado [o sea, en subsidio], se debe proponer el citado en primer término"[3].

[2] Corte de Apelaciones de Talca (2016), rol 172-2016.
[3] *Ibid.*

A continuación, el mismo fallo advierte:

> "(...) el estudio de admisibilidad de los citados recursos que realiza el tribunal ad quem comprende la concurrencia de los requisitos contemplados en los artículos 201, 213 y 772 del Código de Procedimiento Civil, mas no el de la exigencia que fue objeto del antedicho análisis, así como tampoco el de la eventual causación de agravio al recurrente"[4].

En contra de esta última determinación de la Ilma. Corte de Apelaciones de Talca, Las Garzas dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo.

Conociendo de los mismos, nuestra Excma. Corte Suprema, en uso de la facultad que le reconoce el artículo 84 del *Código de Procedimiento Civil*, anuló de oficio el procedimiento desde la resolución de 30 de agosto de 2016, que declaró inadmisibles los recursos de apelación y de casación en la forma interpuestos por Las Garzas en contra de la sentencia definitiva dictada por el Primer Juzgado de Letras de Linares, y dispuso –además– proceder a una nueva vista de los recursos y al consiguiente pronunciamiento de un nuevo fallo por la Ilma. Corte de Apelaciones de Talca.

En síntesis, el Máximo Tribunal sustentó su decisión en consideración a los siguientes argumentos: En primer lugar, sostuvo que el tenor de los artículos 770 y 798 del *Código de Procedimiento Civil*, en cuanto aluden a la obligación de interponer los recursos de apelación y casación en la forma de manera *conjunta*, no instruyen al recurrente acerca del orden específico en que deben promoverse ambos medios de impugnación en el escrito respectivo. En segundo lugar, la Corte Suprema planteó que suponer que el recurso de apelación que se interpone juntamente con un recurso de casación en la forma en contra de una sentencia definitiva de primera instancia debe deducirse siempre en subsidio importaría una conculcación de la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política, que –en lo pertinente– asegura a todas las personas el derecho a una debida defensa y a un racional y justo procedimiento y, en definitiva, al principio del derecho al recurso, que se traduce en el de impugnar las resoluciones judiciales para proveer a su revisión. Según el considerando séptimo del fallo en comento:

> "(...) del señalado conjunto de normas es posible desprender la existencia de diversos principios que reflejan esas convicciones y pretenden asegurar la racionalidad y justicia del procedimiento. Entre ellos, no es posible dejar de mencionar el derecho al recurso, que se traduce en el de impugnar las resoluciones judiciales para proveer a su revisión, mismo que integra el amplio espectro del derecho al debido proceso"[5].

[4] *Ibid*.

[5] Corte Suprema (2017), rol 83347-2016.

En tercer lugar y en concordancia con lo expuesto precedentemente, el Máximo Tribunal señaló que las normas que pudieran dar pábulo a limitar o restringir la garantía constitucional y el principio antes aludido deben interpretarse restrictivamente. Luego, y en función del principio *pro actione*, se deben interpretar los requisitos y presupuestos procesales de procedencia de los recursos de un modo más favorable con el derecho constitucional. Según el considerando séptimo del fallo, citando profesor Alejandro Romero, la Corte expone:

> "(...) Se podría decir que en relación al ejercicio de este derecho existe como pauta rectora el principio 'pro actione' en virtud del cual los órganos judiciales deben interpretar los diferentes requisitos y presupuestos procesales de un modo más favorable con el derecho constitucional a obtener la protección judicial de los derechos debiendo rechazarse in limine litis las tesis rígidas o formalistas que puedan privar a las personas de obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos"[6].

En cuarto lugar, la Corte Suprema expuso que la decisión de los ministros de la Ilma. Corte de Apelaciones de Talca, en cuyo mérito declararon inadmisible los recursos de apelación y casación en la forma deducidos en contra de la sentencia de primer grado, no se ajusta a la correcta interpretación de las normas que regulan esta materia, pues a su juicio, bastaba que se interpusieran en el mismo escrito. Así consta en el considerando décimo del fallo del Máximo Tribunal, según el cual:

> "En efecto, de la interpretación del texto constitucional, y considerando en especial el contenido y carácter del derecho a un debido proceso aparece con nitidez que el requisito previsto en el inciso segundo del artículo 770 del Código de Procedimiento Civil se ve satisfecho con la sola interposición de los recursos de que se trata en una misma presentación, máxime si, como ha ocurrido en la especie, el recurrente indica de manera expresa que intenta el de apelación 'conjuntamente' con el de nulidad formal".[7]

## III. Sobre la forma en que deben promoverse los recursos de casación en la forma y de apelación en contra de una sentencia definitiva de primera instancia

En nuestra opinión, el razonamiento adoptado por el Máximo Tribunal es uno equivocado, dado que no solo tuerce el tenor literal de las disposiciones

[6] *Ibid*. Al respecto, la Corte Suprema funda aquel argumento en lo planteado por Romero (2012), p. 69.

[7] *Ibid*.

del *Código De Procedimiento Civil* sino que subsidia una lógica totalmente contraria a la naturaleza y fin intrínseco de los recursos sobre los cuales se pronuncia. Veamos.

Aunque bien argumentada y, en apariencia, elocuente, toda la lógica argumentativa que se aprecia en el fallo que se comenta descansa en el supuesto de que las normas legales que regulan los requisitos y formalidades asociadas al recurso de casación en la forma, en particular los artículos 770 y 798 del *Código de Procedimiento Civil*, no precisan al recurrente el orden específico en que debe promoverse un recurso de apelación y el de casación en la forma cuando se deducen en contra de una sentencia definitiva de primera instancia.

Según reza el artículo 770 del *Código de Procedimiento Civil*:

> "El recurso de casación deberá interponerse dentro de los quince días siguientes a la fecha de notificación de la sentencia contra la cual se recurre, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 791. En caso que se deduzca recurso de casación de forma y de fondo en contra de una misma resolución, ambos recursos deberán interponerse simultáneamente y en un mismo escrito.
>
> El recurso de casación en la forma contra sentencia de primera instancia deberá interponerse dentro del plazo concedido para deducir el recurso de apelación, y *si también se deduce este último recurso, conjuntamente con él*".

Por su parte, el artículo 798 del mismo *Código* dispone:

> "El recurso de casación en la forma contra la sentencia de primera instancia *se verá conjuntamente con la apelación*. Deberá dictarse una sola sentencia para fallar la apelación y desechar la casación en la forma.
>
> *Cuando se dé lugar a este último recurso, se tendrá como no interpuesto el recurso de apelación.*
>
> Si sólo se ha interpuesto recurso de casación en la forma, se mandarán traer los autos en relación".

Entonces, la premisa de que las disposiciones citadas no regulan el orden preciso en que deben promoverse los recursos de casación en la forma y de apelación es una errada, y, precisamente, en razón de aquel equívoco razonamiento, la Corte Suprema consideró necesario ejercitar una tarea de interpretación legal que, a nuestro parecer, no correspondía se practicase, al no encontrar en ninguna de las disposiciones anteriormente citadas puntos oscuros o dudosos que pudiesen justificar el desatender su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu[8].

[8] Artículo 19 del *Código Civil*: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

En efecto –como se sabe– no es posible interpretar una norma cuando su tenor literal es claro. Así lo ha reconocido la doctrina desde antaño al establecer:

> "La obra del intérprete, como hemos dicho, es reconstruir el pensamiento del legislador, y como el legislador ha formulado su pensamiento en un texto, la letra de la ley es la expresión del pensamiento del legislador. *Cuando la ley es clara, tenemos este pensamiento netamente declarado, conocemos la intención del legislador por su propia boca y no podemos eludirla; y el juez debe, por graves que sean las consideraciones que se puedan oponer a la ley, aplicarla tal como está escrita"*[9].

Aquella restricción ha sido reconocida también por los Tribunales Superiores de Justicia. A modo de ejemplo, la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago declaró:

> "El sistema de hermenéutica legal consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, *atiende al tenor literal de la ley, cuando su sentido es claro y sólo se consulta su intención o espíritu para interpretar una expresión obscura de la ley*; consagrada de tal manera como pilar fundamental al elemento gramatical en la interpretación"[10].

Por consiguiente, atendido el claro tenor literal de las disposiciones citadas, no existe duda alguna en cuanto a la exigencia legal de que los recursos de apelación y casación en la forma en contra de una sentencia definitiva de primera instancia deben necesariamente promoverse *conjuntamente*. Lo anterior, según lo ha entendido nuestra jurisprudencia y doctrina, se traduce en la obligación para el recurrente de interponer ambos recursos en una misma presentación o escrito[11].

Luego, en consideración al propósito asociado a cada uno de esos medios de impugnación, que es diverso, el recurrente se encuentra obligado también a plantearlos de forma distinta; uno (el de apelación) en subsidio del otro (la casación en la forma).

Ello, porque con el recurso de casación en la forma se busca obtener la anulación de determinadas resoluciones judiciales dictadas con omisión de sus requisitos legales formales o, bien, dentro de procedimientos viciosos,

---

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".

[9] Claro Solar (1898), p. 131. En idéntico sentido Ducci Claro (2010), p. 89.

[10] Corte de Apelaciones de Santiago (2005) Rol 4003-2000. En el mismo sentido: (i) Corte Suprema (2009) Rol 1512-2008 y (ii) Corte Suprema (2016), rol 27330-2014.

[11] Véase, sobre este punto: (i) H (2017) Rol 48-20174; (ii) Corte Suprema (2016), rol 27012-2016 y (iii) Corte de Apelaciones de Santiago (2016) rol 4272-2016.

mientras que con el recurso de apelación se pretende revocar o modificar una resolución judicial dictada por equivocación, ignorancia, negligencia o malicia en la aplicación de la ley al caso en debate; por ello, el primero se califica como un recurso de nulidad, mientras que, el segundo, como uno de enmienda[12].

Lo expuesto se ve confirmado a la luz de las definiciones que ha acuñado la doctrina para cada mecanismo de impugnación. El recurso de apelación ha sido conceptualizado como:

> "(...) el acto jurídico procesal de la parte agraviada, o que ha sufrido un gravamen irreparable con la dictación de una resolución judicial, por medio del cual solicita al Tribunal que la dictó que eleve el conocimiento del asunto al Tribunal superior jerárquico, *con el objeto de que este la enmiende con arreglo a derecho*"[13].

Por su parte, el recurso de casación en la forma se define como:

> "(...) el acto jurídico procesal de *la parte agraviada destinado a obtener del Tribunal superior jerárquico la invalidación de una sentencia*, por haber sido pronunciada por el Tribunal inferior con prescindencia de los requisitos legales o emanar de un procedimiento viciado al haberse omitido las formalidades esenciales que la ley establece"[14].

Así, enfrentado un litigante a una hipótesis como la que encaró Las Garzas, lo lógico es que el Tribunal *ad quem* sea instruido por el litigante para, en primer término, conocer (y, eventualmente, subsanar) los vicios procesales que aquejan la dictación de la resolución impugnada y, a continuación, y en el evento que se estime que no existe o no se configuran tales vicios, imponerse de los reproches de fondo que se ventilan por la vía de la apelación.

De lo contrario, es decir, si no existiera este orden lógico en la forma de promover ambos recursos, ocurrirá que se conozca y falle un recurso de apelación permaneciendo latentes el o los vicios procesales que en su oportunidad se denunciaron a través del recurso de nulidad, desvirtuándose la oportunidad procesal creada, precisamente, para corregir esa clase de defectos.

Pero más allá de este argumento, que no hace más que seducir sobre la base del sentido común, lo cierto es que el artículo 798 del *Código de Procedimiento Civil* –en particular, su inciso segundo– constituye la disposición legal idónea para zanjar la discusión sobre si existe una exigencia legal en cuanto al orden en que deben promoverse los recursos de apelación y casación en la forma en contra de una sentencia definitiva de primera instancia.

---

[12] Casarino Viterbo (1967), pp. 241 y 296. En el mismo sentido: Maturana Miquel y Mosquera Ruiz (2010), p. 53.

[13] Maturana Miquel y Mosquera Ruiz (2010), p. 126.

[14] *Op. cit.*, p. 245.

Dispone el citado inciso: "Cuando se dé lugar a este último recurso [aludiendo al de casación en la forma], se tendrá como no interpuesto el recurso de apelación".

Sostenemos, por consiguiente, que a la exigencia de interponer conjuntamente o en un mismo escrito los dos recursos, la ley impone expresamente también al recurrente la carga de promover el recurso de apelación de forma subsidiaria al de casación en la forma. Solo así, entonces, podría cumplirse espontáneamente este precepto legal.

A la misma conclusión se arriba después de que se lee la última parte del inciso primero del mismo artículo 798 del *Código de Procedimiento Civil*: "Deberá dictarse una sola sentencia *para fallar la apelación y desechar la casación en la forma"*. Aquella redacción ratifica la intención de nuestro legislador con miras a que solo exista pronunciamiento respecto de la apelación una vez desechada la casación en la forma.

En la opinión contenida en el fallo de la Corte Suprema que se analiza, sin embargo, queda en evidencia no solo la preterición al claro sentido y alcance del citado artículo 798, sino también un injustificado ejercicio de hermenéutica que atenta contra toda lógica.

Y es que si el inciso segundo del artículo 798 enseña que, una vez acogido un recurso de casación en la forma, se tendrá por no interpuesto el de apelación, no cabe sino concluir que el segundo debe deducirse en forma subsidiaria, para el evento que se desestime el primero. Idéntico predicamento entraña el inciso primero de la misma disposición legal.

Confirma nuestra opinión la circunstancia de caracterizarse por el destacado procesalista Mario Casarino Viterbo al recurso de apelación como un "recurso subsidiario": "Es un *recurso subsidiario* cuando va unido a otros recursos; como ser, a los recursos de reposición y de *casación en la forma*, respectivamente"[15].

Por otra parte, resulta oportuno realizar el mismo análisis a la luz de lo dispuesto en el artículo 808 del *Código de Procedimiento Civil*, el cual, al pronunciarse sobre la casación en el fondo, no hace más que reiterar la racionalidad que hemos expuesto[16]. En efecto, según el inciso segundo de aquella norma "Si se acoge el recurso de forma, se tendrá como no interpuesto el de fondo", en idéntico sentido expuesto a lo dispuesto en el artículo 798 del código del ramo "Cuando se dé lugar a este último recurso [aludiendo al de casación en la forma], se tendrá como no interpuesto el recurso de apelación".

[15] Asarino Viterbo (1967), p. 243.

[16] Artículo 808 del *Código de Procedimiento Civil*: "Si contra una misma sentencia se interponen recursos de casación en la forma y en el fondo, éstos se tramitarán y verán conjuntamente y se resolverán en un mismo fallo.

Si se acoge el recurso de forma, se tendrá como no interpuesto el de fondo".

Por ello es que la propia Corte Suprema ha confirmado sistemáticamente la línea de pensamiento que exponemos ahora cuando le ha correspondido pronunciarse acerca de la exigencia de interponerse, también conjunta o simultáneamente, los recursos de casación en la forma y en el fondo:

> "El orden lógico en que se deben interponer ambos recursos es primero el de forma y en segundo término el de fondo, y no a la inversa como se procedió en el presente caso, porque habiendo esta Corte emitido pronunciamiento sobre la cuestión de derecho a ella sometida, al resolver el primero de los recursos planteados está impedida –en virtud de haber operado la preclusión– de examinar una causal que se funda en un presunto vicio de procedimiento, que pretende nada menos que llevarla a invalidar su propia sentencia. El artículo 808 del Código de Procedimiento Civil, corrobora esta interpretación, al establecer que *si contra una sentencia se interponen recursos de casación en la forma y en el fondo, y se acoge el de forma, se tendrá como no interpuesto el de fondo. No regula la situación inversa, lo que deja en claro que para el legislador no resulta posible que ella se dé*"[17].

En suma, ambas disposiciones (artículos 798 y 808 del *Código de Procedimiento Civil*) y su sentido son perfectamente analogables, pues se construyen sobre la misma lógica, cual es que el tribunal *ad quem* debe conocer primero sobre los vicios formales que se denuncian para luego, en el evento que no prospere ese reproche, imponerse de los errores de fondo que se alegan en contra de la resolución recurrida.

Coincidimos, en consecuencia, con lo resuelto por la Ilma. Corte de Apelaciones de Talca al declarar la inadmisibilidad de los recursos interpuestos por Las Garzas. Y es que entender –como lo hace la Corte Suprema– que lo exigido por los artículos 770 y 798 del *Código de Procedimiento Civil* se ve satisfecho por el mero hecho de interponerse ambos *conjuntamente*, con independencia del orden en que se promuevan, constituye un error conceptual acerca de la naturaleza intrínseca propia de ambos medios de impugnación y un verdadero subsidio o auxilio no autorizado a la falta de lógica.

A mayor abundamiento, la alusión del Máximo Tribunal al principio *pro actione* y a la interpretación restrictiva de las normas que establecen los requisitos de procedencia de los medios de impugnación no puede suponer una omisión a un mandato expreso contenido en las mismas, pues ello llevaría a justificar –por ejemplo– una flexibilización de los plazos para la interposición de los recursos o, derechamente, a omitir un requisito para su procedencia, cuestión reñida con el principio de certeza jurídica que preci-

[17] Corte Suprema (2006), rol 5912-2004. En el mismo sentido se pronuncian los siguientes fallos: (i) Corte Suprema (2007), rol 3130-2006 y (ii) Corte de Apelaciones de Santiago (2009), rol 3587-2008.

samente forma parte de los elementos esenciales del debido proceso que se pretende resguardar.

## Conclusión

Por lo expuesto es que, concluimos, nuestro *Código de Procedimiento Civil*, al regular la interposición conjunta de un recurso de apelación y de casación en la forma en contra de una sentencia definitiva de primera instancia, ordena, expresamente, que el primero de ellos sea interpuesto en subsidio del primero, errando, por lo mismo, nuestra Excma. Corte Suprema al razonar como lo ha hecho en la sentencia en comento.

## Bibliografía

Claro Solar, Luis (1898): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Personas* (Santiago de Chile, Imprenta Cervantes) Tomo i.

Ducci Claro, Carlos (2010): *Derecho Civil. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Casarino Viterbo, Mario (1967): *Manual de Derecho Procesal* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile) Tomo iv.

Maturana Miquel, Cristián y Mario Mosquera Ruiz (2010): *Los Recursos Procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Romero Seguel, Alejandro (2012): *Curso de Derecho Procesal Civil* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile) Tomo i.

### Normas

Constitución Política de la República.

*Código de Procedimiento Civil.*

*Código Civil.*

### *Jurisprudencia*

Corte Suprema (2016): rol N° 27.012-2016, 2 de agosto de 2016.

Corte Suprema (2016): rol N° 27330-2014, 5 de abril de 2016.

Corte Suprema (2009): rol N° 1512-2008, 2 de abril de 2009.

Corte Suprema (2007): rol N° 3130-2006, 20 de junio de 2007.

Corte Suprema (2007): rol N° 5912-2004, 30 de noviembre de 2006.

Corte de Apelaciones de Valdivia (2017): rol N° 48-20174, 12 de abril de 2017.
Corte de Apelaciones de Santiago (2016): rol N° 4272-2016,17 de mayo de 2016.
Corte de Apelaciones de Talca (2016): rol N° 172-2016, 13 de febrero de 2016.
Corte de Apelaciones de Santiago (2009): rol N° 3587-2008, 13 de marzo de 2009.
Corte de Apelaciones de Santiago (2005): rol N° 4003-2000, 6 de mayo de 2005.

# LIBROS, RESÚMENES Y RECENSIONES

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

# ÍNDICE
# *REVISTA DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO*
# FACULTAD DE DERECHO
# UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
# AÑO 6 - N° 11 - OCTUBRE DE 2017

Revista del Centro de Justicia Constitucional
Año 6 • Nº 11 • octubre de 2017
ISSN 0719-2959
www.derechoiberoamericano.cl

Presentación

Estudios

*Derechos Fundamentales*

Iván Aróstica Maldonado: Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Constitución y legislación efectiva.

Andrea Iñiguez Manso y Marcela Peredo Rojas: Propuestas de solución para los aparentes conflictos jurídicos que se pueden suscitar entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos de la madre.

*Instituciones políticas y administrativas*

Catalina Salem Gesell: Integración del Tribunal Constitucional: un análisis crítico al sistema de designación actual.

Humberto Gozálbez Pequeño: Los contratistas de la administración pública española en la legislación administrativa del siglo xix.

*Procesos históricos*

Julio Alvear Ravanal: El proceso de reforma agraria en Chile: un análisis crítico de la revolución.

Carlos Casanova Guerra: La Constitución entendida como ley.

## Ensayo

Bernardino Bravo Lira: Constitución que pasa, déjala correr.

## Comentarios de jurisprudencia

Francisco Zúñiga Urbina: Contiendas de competencia de la Contraloría General de la República y los tribunales del Poder Judicial. Análisis de un caso de activismo judicial y de activismo contralor.

Nicolás Rodríguez Rioseco y Alejandro Gómez Sotomayor: Recurso de Protección y la aplicación (incorrecta) del Test de Proporcionalidad ante vulneración del 19 n°4 por cámaras de seguridad.

## Recensiones

Julio Alvear Téllez: Las sanciones administrativas: el problema de la proporcionalidad (Tirant lo Blanch, Valencia, 2017), de Nicolás Enteiche Rosales.

Ignacio Covarrubias Cuevas: Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral (Tirant lo Blanch, Valencia, 2017), de Julio Alvear Téllez.

## Siglas y Abreviaturas

## Instrucciones para los autores

# ÍNDICE
# REVISTA *IUS PUBLICUM* Nº 39/2017
# ESCUELA DE DERECHO
# UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

## Estudios

Antonio-Carlos Pereira Menaut: *¿Tiempo de nihilismo jurídico?*

Cristián Letelier Aguilar: *El control de constitucionalidad en una sociedad libre.*

Mario Correa Bascuñán: *El interés superior del niño en el derecho chileno.*

Eduardo Soto Kloss: *La aplicación del acto administrativo*.

Iván Aróstica Mald onado: *Estado de Derecho y justicia administrativa en Chile (Una introducción)*.

## Crónica

*Reflexiones tomistas*: Esther Gómez de Pedro, Manuel Ocampo Ponce. *Reflexiones éticas*: P. Raúl Hasbún, Nuriddeen Knight, Tomás Salas. *Reflexiones fuertes*: Otto Dörr, Raúl Figueroa Salas, Acción Familia, Johnny Olate, Raúl Madrid, Axel Kaiser.

## DOCUMENTOS

Magisterio Pontificio: *S.S. Pío XII. L'importance. Discurso sobre la prensa católica y la opinión pública (17 de febrero de 1950). Discursos del Santo Padre Juan Pablo II a los representantes del mundo de la cultura. Viaje apostólico a Uruguay, Chile y Argentina, Universidad Católica de Santiago de Chile (viernes 3 de abril de 1987). Discurso a los jóvenes. Estadio Nacional de Santiago de Chile (Jueves 2 de abril de 1987). Misa para las familias. Homilía del Santo Padre Juan Pablo II. Aeropuerto de Valparaíso (jueves 2 de abril de 1987). Homilía del Santo Padre Juan Pablo II. Misa para los obreros. Peregrinación apostólica a Polonia. Santuario de Jasna Góra (miércoles 6 de junio de 1979). Santo Padre Francisco: Homilía en festividad de San Pedro y San Pablo. Basílica de San Pedro/Roma (29.6.2017). Audiencia general (21.6.2017). Santa misa y canonización de la beata Madre Teresa de Calcuta. Homilía. Plaza de San Pedro (domingo 4 de septiembre de 2016). La comunión a los divorciados en nueva unión no es posible. El Magisterio es claro y no es modificable. Cardenal Camilo Ruini. 19/02/2017. Cardenal Robert Sarah: ¿Quién se enfrentará a los*

*modernos perseguidores de la Iglesia, María Arratíbel*. Magisterio Episcopal: *Declaración del Comité Permanente de la Conferencia Episcopal sobre Proyecto de Ley de Aborto. El Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile.* Ad resurgendum cum Christo. *Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe Ad resurgendum cum Christo acerca de la sepultura de los difuntos y la conservación de las cenizas en caso de cremación, fechada el 15 de agosto de 2016. Solemnidad de la Asunción de la Santísima Virgen María (25 de octubre de 2016). Gerhard Card. Müller, †Luis F. Ladaria, S.I. Otros: Los acontecimientos de Rusia a la luz del Mensaje de Fátima. No hay salvación en ningún otro. (Hch 4,12). P. Pedro Trevijano Etcheverría. Manchester lo más violento no son las bombas. María Virginia Olivera de G.*

## Actualidades

I. Aborto: un nuevo genocidio.
II. 50 años de la reforma agraria, nada que celebrar.
III. Pío XII y las Casa de Vida, refugio de judíos.
IV. Mordazas a la libertad de expresión.
V. Ideología de género.

## Jurisprudencia

Un retorno a la cordura - *Alleluya*! (La responsabilidad del Estado está regida por la Constitución). A propósito *de Jaramillo y otro con Fisco*. Corte Suprema 24.4.2017, rol Nº 52.961-2016. Eduardo Soto Kloss.

Juzgado de Letras de Santiago. 5.12.1864. Corte de Apelaciones de Santiago. 15.12.1864. *Larraín con Intendente de Santiago*. GT Nº 1173 (1864), p. 966 (Nº 2683). (Separación de funciones estatales/operatividad directa de la Constitución/principio de juridicidad/nemo *iudex in causa sua*). Gabriel Bocksang Hola.

## Recensiones, reseñas bibliográficas

# PONENCIA SELECCIONADA DEL IV CONGRESO NACIONAL DE AYUDANTES DE DERECHO

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

# ACERCA DEL *PACTA SUNT SERVANDA*, LA BUENA FE, LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL Y SU RELACIÓN CON LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

# ABOUT THE *PACTA SUNT SERVANDA*, THE GOOD FAITH, THE CONTRACTUAL INTERPRETATION AND ITS RELATIONSHIP WITH THE THEORY OF OWN ACTS

*María Isabel Warnier Readi*[*]

Resumen: La fuerza obligatoria del contrato obliga a las partes contratantes a respetar el pacto, confiriéndole, cuando ha sido válidamente celebrado, el carácter de una ley. Además, las partes contratantes están obligadas a ejecutar el contrato de buena fe y acatar, sin perjuicio de lo pactado, todo aquello que emane de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre le pertenecen. Y, si en la ejecución práctica del contrato, en tanto regla de interpretación auténtica del mismo, los contratantes actuaron de una determinada manera, no pueden contrariar su conducta y asilarse en el pacto para justificar la contradicción. Ello atenta contra sus propios actos y el principio de la buena fe.

Palabras clave: Pacta Sunt Servanda - Buena Fe - Interpretación - Contratos - Actos Propios.

Abstract: The binding force of the contract obliges the contracting parties to respect the pact, conferring upon it, when it has been validly celebrated, the character of a law. In addition, the contracting parties are obliged to execute the contract in good faith and abide by, without prejudice to the agreement, everything that emanates from the nature of the obligation or that by law or custom belongs to it. And, if in the practical execution of the contract, as a rule of authentic interpretation of the contract, the contractors acted in a certain way, they cannot contradict their conduct and be isolated in the pact

[*] Profesora Auxiliar Derecho Civil, Universidad del Desarrollo.

to justify the contradiction. This goes against their own acts and the principle of good faith.

Keywords: Pacta Sunt Servanda - Good Faith - Interpretation - Contracts - Own Acts.

## I. El *pacta sunt servanda* y la buena fe objetiva como elemento integrante del contrato

Nuestro *Código Civil* contempla el principio de la fuerza obligatoria del contrato en el artículo 1545, conforme al cual,

> "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes…" "y no encontró una palabra más apropiada para explicar la fuerza obligatoria que asimilarla con una ley, con lo cual el legislador moderno no podía dejar a un lado una fórmula que con tanta exactitud expresaba el efecto obligatorio del contrato."[1]

Este efecto obligatorio ha sido fundado en diversas y variadas concepciones divergentes[2], sin perjuicio de lo cual, valga citar al profesor Rodríguez Grez, quien con tanto acierto explica su naturaleza jurídica diciendo:

> "el contrato obliga porque es una creación convencional (con todo lo que ello significa en lo relativo a la norma de derecho positivo que le da validez y al área en que puede ser generado), que implica una limitación voluntaria de la libertad de los sujetos que concurren a generarlo, y cuyo fin último reside en la autocomposición de los intereses que estos últimos sustentan. De esta trilogía –convención, limitación voluntaria de la libertad y composición de intereses– surge el principio pacta sunt servanda, dotando al contrato de estabilidad, intangibilidad y certeza"[3].

Ahora bien, una vez celebrado el contrato, y en virtud de su fuerza obligatoria, este obliga, a quienes consintieron en él, no solo respecto de aquello que las partes previeron al momento de celebrarlo sino que, y tal como reza el artículo 1546, "a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

---

[1] Claro Solar (1937), p. 470.

[2] Tal como lo expone López Santa María (2005), p. 277 y ss., el fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos es uno de los temas más espinudos de la contratación. Se ubica a horcajadas del Derecho y de la Filosofía. En el texto, se explican las diversas concepciones que existen sobre el particular.

[3] Rodríguez (2008).

De ahí, pues, no es casualidad que nuestro legislador haya consagrado el principio de la fuerza obligatoria del contrato en el artículo 1545, para que, a continuación, y a renglón seguido, consagre el principio general de la buena fe en el artículo 1546, en términos tales de establecer, el primero, que: "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes..." y, el segundo, que estos

> "deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

De esta forma, nuestro legislador premeditadamente relacionó estas dos importantes instituciones de la contratación y normó el vínculo obligacional cuando este tiene por fuente la convención, la que, para encontrarse "válidamente celebrada" –en los términos del artículo 1545–, debe cumplir los requisitos de validez de todo acto jurídico, previstos en el artículo 1445 del *Código Civil*.

La buena fe objetiva, como la ha llamado la doctrina, en contraposición a la buena fe creencia o subjetiva, es, en consecuencia, un elemento integrante del pacto válidamente suscrito, sin perjuicio de lo cual la doctrina también ha dicho que es

> "un principio general del derecho que se proyecta en las más variadas disciplinas jurídicas... y que sirve de asidero al principio de la probidad procesal, coarta, en el campo de los negocios, la competencia desleal; sustenta la inadmisibilidad de la pretensión incoherente con el hecho o conducta anterior, venire contra factum proprium non valet...[4] y sirve para interpretar, calificar el contrato o deducir deberes implícitos"[5].

## II. La buena fe y lo convenido en la interpretación del contrato y en su ejecución

Nuestro *Código Civil*, siguiendo al código francés, estableció un sistema subjetivo de interpretación de los contratos en el artículo 1560, conforme al cual: "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras."

Conocer *claramente* la intención de las partes de un contrato no es tarea fácil y, sobre todo, se hace complejo el escenario cuando existe duda respecto de la coincidencia entre la voluntad real y la declarada, de modo tal

[4] López Santa María (2005), p. 398.
[5] Corral (2006), p. 211

que es posible afirmar que, en la mayoría de los casos, el intérprete deberá recurrir a las demás reglas de interpretación contenidas entre el artículo 1561 y ss. del *Código Civil* para desentrañar el verdadero sentido y alcance que le dieron las partes al contrato suscrito.

Dentro de estas reglas, la doctrina y jurisprudencia han destacado la denominada regla de interpretación auténtica, prevista en el inciso 3° del artículo 1564 del *Código Civil*, y que señala que las cláusulas de un contrato pueden interpretarse "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra" la cual también nosotros destacamos por sobre las demás.

Claro Solar, citando a Giorgi, expresa:

> "la interpretación auténtica es la reina de todas las interpretaciones y no hay que creer a aquellos tratadistas que rechazan esta especie de interpretación en materia contractual. Tal error nace de la mala aplicación de un principio muy verdadero, el cual dice que después de concluido el contrato ninguna de las partes tiene libertad para modificar a su capricho la voluntad ya declarada e interpretarlo a su guisa. Pero este principio no es, ciertamente, atacado, si las dos partes se ponen de acuerdo para interpretar su voluntad (...). En la hermenéutica de los contratos, la inteligencia, el sentido que le dan los contratantes es el faro más seguro para conocer la voluntad".[6]

La Excma. Corte Suprema, en el mismo sentido, ha decidido:

> "la regla del inciso 3° del artículo 1564 es de importancia principalmente en la interpretación de los contratos que contienen obligaciones de dar o hacer, ya que nada puede indicar con más acierto la voluntad de las partes en esta materia que la ejecución llevada a cabo por ellas mismas de las cosas que, con arreglo a lo pactado, estaban obligadas a dar o hacer"[7].

Ahora bien, sin perjuicio de que nuestro *Código*, al fijar las normas de interpretación de los contratos, no contiene ninguna disposición como aquella contenida, por ejemplo, en el *Código Civil* italiano, y que sea un verdadero correlato del artículo 1546, lo cierto es que la interpretación de buena fe indudablemente forma parte del proceso interpretativo[8]. Mientras en Italia la ley expresamente dispone, en el artículo 1366 del *Código Civil*. que "Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede"[9], en Chile no existe ninguna disposición similar.

No obstante lo anterior, en nuestro país, siguiendo al profesor Ducci Claro, ha de entenderse:

---

[6] Claro Solar (1921), p. 20.

[7] Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas citado por Rosende (1986), p. 111.

[8] Ducci (1977), p. 205.

[9] El contrato debe interpretarse según la buena fe.

> "si el contrato debe cumplirse de buena fe, mal podría en su interpretación abandonarse este concepto, ya que la forma en que el contrato sea interpretado va a determinar su forma de cumplimiento. Hay una correlación tan estrecha entre la interpretación, que fija el contenido y alcance del contrato, y su cumplimiento, que está determinado por ese contenido y alcance, que es imposible configurar un cumplimiento de buena fe sin una interpretación en que ella haya sido considerada".

Y agrega, citando a Fueyo Laneri:

> "En las reglas de interpretación de los contratos, en nuestra sistema reglado y en el de otros códigos semejantes, encontramos normas que llevan a una dirección paralela a la del cumplimiento de buena fe y contribuyen a su reiteración. Por de pronto, la común intención de los contratantes, que investiga la interpretación del contrato, sirve de base fundamental a su ejecución de buena fe, tal es su punto de partida necesario"[10]. "Si la labor del juez es determinar la intención de los contratantes, no puede existir un antecedente más indubitable y definitivo que el alcance que éstos libremente hayan dado a su convención. Aunque este elemento está señalado en el Código en forma aparentemente subsidiaria, es sin duda el criterio fundamental. Mal podría el juez, basándose en otros antecedentes, pretender descubrir una intención distinta de aquella que las propias partes han fijado en la práctica"[11].

Por consiguiente, en virtud de la fuerza obligatoria del contrato, la buena fe, y la regla de interpretación auténtica de los contratos, concluimos, preliminarmente, que las partes no solo están obligadas a cumplir con lo pactado sino, también, aquello que libremente modificaron durante su ejecución, de modo tal que el intérprete, al momento de desentrañar cuál es la intención de los contratantes, no solo debe estarse el pacto mismo sino, también, a las conductas desplegadas por las partes durante su ejecución, la que, si es diversa a la pactada, pero asumida por ambas o por una de ellas con aprobación de la otra, será esta la que habrá de ser considerada para descubrir la verdadera intención de los contratantes.

## III. La coherencia de la propia conducta y su relación con el *pacta sunt servanda* y la buena fe

Nuestro ordenamiento jurídico obliga a las personas a comportarse de una manera coherente sin que sea admisible ejercer una conducta contradictoria

[10] Ducci (1977), pp. 205-206, quien en lo pertinente cita a Fueyo (-), p. 95.
[11] Claro Solar (1921), pp. 210-211.

por motivos de propia conveniencia y que vaya en desmedro de los derechos de otra. Si así se comporta un individuo, se debe negar efectos a la conducta contradictoria que se erige en contra de la buena fe.

De ahí, pues, celebrado que sea un contrato, en virtud de la fuerza obligatoria, las partes deben cumplir lo pactado, pudiendo, durante su ejecución, modificar aquello que originalmente se pactó, sin que sea lícito, asilándose en el pacto, contradecir los actos propios cuando durante la ejecución hubo un comportamiento diverso. Esta situación, como se verá, atenta contra la buena fe y fundamenta la aplicación de la doctrina o teoría de los actos propios.

Al respecto, Enneccerus señala:

> "a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe"[12].

La teoría de los actos propios, como lo señala el profesor Corral Talciani, admite varias formulaciones:

> "venire contra factum propium nulli conceditur; nemini liceo adversus sua facta venire; non concedit venire contra factum proprium; proprium factum nemo impugnare potest; adversus factum suum quis venire non potest; nemo potest contra factum propium venire; nemo contra factum proprium poteste"[13],

pero que implican, todas ellas, la obligación de mantener una conducta coherente con el comportamiento anterior que ha creado en un sujeto de derecho una "razonable, objetiva y fundada confianza en que el derecho no será ejercido, o sólo lo será de una determinada manera"[14].

Para ejemplificar lo antes señalado, un reciente fallo dictado por nuestra Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago ha decidido:

> "...al haberse convenido obras anexas o accesorias que produjeron una modificación en el pacto originario, es razonable entender que, aún no expresándolo de modo explícito, quien las encargó ha asumido los efectos de esa decisión suya, del acto propio al que concurrió en forma voluntaria provocando la modificación contractual. En este sentido, debe recordarse que en nuestro ordenamiento encuentra acogida como principio constante, la doctrina de los actos propios, que reconoce sus

[12] Enneccerus y Nipperdey (-), p. 482.
[13] Corral (2010a), p. 19.
[14] Diez- Picazzo (2007), p. 63.

> primeros orígenes en el Derecho Romano, donde, pese a no haberse estructurado con los perfiles de homogeneidad y generalidad, propios de una norma jurídica, vertida inicialmente en la máxima 'venire contra factum proprium non valet', fue recogida más tarde en sus líneas esenciales por la codificación de Justiniano, en la que se intentó consagrarla como criterio de aplicación general, según se evidencia en el Digesto, que estableció una regla de acuerdo con la cual nadie puede cambiar su voluntad en perjuicio de otro"[15].

Como es posible observar, la problemática surge frente a la presencia de una conducta que incita, de manera razonable, a la creencia de que ella, en definitiva, se agotará en su dirección de origen, que no será opuesta. Frente a esto, la prohibición de ejercer un derecho en forma contradictoria con el comportamiento pasado, constituye sin duda una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos.

Concretamente, la limitación está dada en virtud del principio de que los derechos deben ejercerse de buena fe. Un derecho no se ejerce de buena fe no solo cuando se aparta de la función económica o social que lo justifica sino que, también, cuando se ejerce de una manera o en circunstancias tales que lo hacen desleal. De ahí que los contratos deban también interpretarse de buena fe.

Para dar un ejemplo real de lo que se ha señalado, valga citar un caso comentado por el profesor Hugo Rosende Álvarez. Se trata de un conflicto jurídico que tuvo lugar entre las partes de un contrato de arrendamiento. Ellas pactaron que la duración del contrato sería de cinco años y que, al cabo de los tres primeros, una comisión integrada por un representante de cada parte o en caso de desacuerdo entre sus miembros, un tercero determinaría la renta por los siguientes dos años, fijándose como parámetro a considerar los valores de mercado. No habiendo acuerdo respecto de la fijación de la renta, no puede el arrendatario, asilándose en una cláusula como la expuesta, alegar el término del contrato fundado en que la comisión no habría llegado a acuerdo, si luego de expirado el plazo de los tres años, siguió pagando la renta original[16]. Su justificación pugna contra sus propios actos, debiendo, en consecuencia, pagarse la renta inicial hasta que la justicia resuelva el proceso de revisión.

En fin, nuestro ordenamiento jurídico no estableció una regulación normativa de la teoría de los actos propios, pero su acogida, cada vez más re-

[15] Disponible en www.poderjudicial.cl, rol Nº 2078-2015.

[16] Este caso fue comentado por el profesor Hugo Rosende Álvarez en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXIII, septiembre-diciembre 1986, primera parte, también citado en nota 8, en la que concluye, sobre la base de la buena fe, la interpretación práctica del contrato y la doctrina de los actos propios, que el arrendatario, durante la vigencia del contrato, debe pagar la renta inicial no disputada y que cuando se resuelva en definitiva la revisión de la renta, ésta deberá solucionar la renta definitiva.

currente, se debe a que esta ha sido reconocida como una regla derivada del principio general de la buena fe, recogida por el artículo 1546 ya referido, y que impone a las partes contratantes un comportamiento coherente, leal y que repugne toda conducta incompatible con el obrar anterior.

> "Si se observan los casos en que los autores y los tribunales han afirmado la vigencia del 'venire contra factum proprium', se puede advertir que en todos ellos está en juego la protección de la buena fe objetiva, es decir, del deber de no defraudar deslealmente la confianza que un tercero ha podido legítimamente depositar en un determinado estado de hecho provocado voluntariamente por las palabras o las actuaciones de una persona. Es la lesión injustificada de la buena fe la que proporciona una razón suficientemente fuerte para poner de cargo del que se contradice el riesgo de su inconsistencia"[17].

## IV. La licitud e ilicitud de volverse contra los actos propios. Regla general y excepciones existentes al respecto

No existe, ni puede existir, una prohibición absoluta de volverse en contra de los propios actos. El ser humano puede cambiar de parecer, de opinión o adoptar posiciones divergentes cuando descubre que las primeras son inconvenientes a sus propios intereses. Por ello, el Derecho no puede prohibir toda contradicción y obligar a los sujetos a actuar bajo una coherencia absoluta; las personas pueden cambiar y contradecir sus palabras.

De ahí que el famoso adagio *venire contra factum proprium non valet* no puede imponer una coherencia total a toda conducta, máxime si se considera que el ser humano, por el hecho de ser tal, está sujeto a cambios de parecer durante su existencia.

Por tal razón, el profesor Corral Talciani ha señalado:

> "la ineficacia del cambio o de la conducta incoherente debe ser siempre una regla excepcional, que tenga una justificación proporcionada para limitar de este modo la libertad del pensamiento y de autonomía. La más importante de ellas es que justamente en virtud de dicha autonomía una persona pueda obligarse a cumplir un acto o contrato para con otra, sin que pueda luego retractarse o desdecirse de lo prometido. No se trata en estos casos de la aplicación de la regla de los actos propios, sino únicamente de la aplicación del principio de la autonomía privada y de la obligatoriedad del contrato o de la palabra jurídicamente com-

[17] Corral (2010b), pp. 105-106.

> prometida, aunque sea con manifestación tácita (aceptación de una herencia, renuncia de un derecho, etc.)"[18].

Para despejar los casos en que tiene lugar la teoría de los actos propios, nos referiremos a continuación a los requisitos copulativos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han creado para darle aplicación

*1) La ejecución de una conducta*

El *Diccionario de la lengua española* en su acepción primera nos indica que conducta es: *La manera con que los hombres se comportan en su vida y acciones*.

No toda conducta es requisito para dar aplicación a la teoría de los actos propios, pues esta debe ponerse en movimiento dentro del marco de una situación jurídica, exigiéndose además que la conducta sea capaz de producir efectos jurídicos válidos, ser inequívoca y ser anterior a la pretensión.

Se pregunta, al efecto, Diez-Picazo: "¿Cuándo puede hablarse jurídicamente de una conducta?" y dice, citando a Betti,

> "puede, en general hablarse de conducta cuando el ordenamiento jurídico valora es, no el acto en si mismo considerado, sino el acto o la serie de actos en cuanto son reveladores de un modo general de proceder o de comportarse, es decir, cuando revelan una determinada actitud o una determinada toma de posición de la persona respecto a algunos intereses vitales"[19].

Y concluye que lo que se valora es la conducta observada por la persona que puede deducirse de uno o varios actos, pero que en su conjunto revelan un determinado modo de proceder.

*2) Posteriormente esta misma persona debe intentar ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión*[20]

En términos generales, los cambios de parecer de un sujeto en una cierta situación jurídica no son suficiente fundamento de esta doctrina; lo que ella prohíbe son *aquellas pretensiones que son contradictorias con el sentido objetivo de una conducta anterior*.

El *Venire Cum Factum* implícitamente recoge el principio general y normativo de la buena fe, pues nadie puede en hechos de relevancia jurí-

[18] Corral (2010b), p. 103.
[19] Diez- Picazzo (2007), p. 109.
[20] *Op. cit.*, p. 193

dica, con una afirmación posterior, desdecirse de una anterior. La agilidad del comercio jurídico necesariamente requiere que las partes en los actos o contratos cumplan su palabra y que, actúen, con honestidad.

La Excma. Corte Suprema, en autos caratulados Torres con Ponce, hace expresa aplicación a lo antes referido. Se demandó en estrados el cumplimiento de un contrato con indemnización de perjuicios, dando lugar a la demanda en primera instancia. Cabe hacer presente que los contratantes habían estipulado una cláusula compromisoria que disponía que en caso de conflicto, se someterían a la justicia arbitral, pero ello no era óbice para que cualquiera de las partes pudiera concurrir a un tribunal de jurisdicción común para hacer valer una pretensión determinada, quedando radicada la competencia en este último si la contraparte no oponía la excepción de compromiso, porque había de entenderse que con su abstención renunciaba tácitamente, a dicha defensa.

Es así como la Corte, en su considerando quinto, aplica la doctrina de los actos propios, y establece:

> "en el deber de mantener en el ejercicio de un derecho, una conducta leal y honesta y, desde luego, es la inspiración del principio fundamental de que a nadie le está permitido aprovecharse de su propio dolo o fraude... Por consiguiente, si el demandado compareció al juicio oponiendo excepciones respecto al fondo de la acción deducida, presentando pruebas en la oportunidad procesal correspondiente y atacando después la sentencia mediante la interposición de los recursos que la ley le concede, sin haber planteado ni insinuado de modo alguno su intención de hacer cumplir la cláusula compromisoria del contrato, no le está permitido después de fallado el pleito contra sus intereses en primera instancia, pueda reclamar y sostener-sin ir contra sus propios actos-que su propósito es que el conflicto sea conocido por la justicia arbitral"[21].

### *3. La contradicción*

Este tercer elemento supone la contradicción entre la anterior conducta y la posterior pretensión litigiosa. Esta es, en rigor, que expresa contraposición o incompatibilidad entre dos conceptos. Se trata, en consecuencia, de actitudes incompatibles para los efectos, por un lado, de respetar una situación jurídica y, por el otro, impugnarla, reconocer un derecho y discutirlo, dar por extinguido un derecho y revivirlo.

> "La conducta contraria es una contravención o una infracción del deber de buena fe. Ya antes hemos señalado que el hecho de que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un

[21] Fallo disponible en www.aucia.cl. Rol Nº 3137-03.

litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falta de lealtad. He aquí por donde la regla, según la cual, nadie puede ir contra sus propios actos, se anuda estrechamente con el principio de derecho que manda comportarse de buena fe en las relaciones jurídicas"[22].

En este sentido, por ejemplo, la Excma. Corte Suprema, ha resuelto:

"...con arreglo a lo preceptuado en el mismo artículo 1683 del Código Civil, tampoco es dable aceptar –cualesquiera que fueren las justificaciones esgrimidas– que quien inste por la declaración de nulidad absoluta sea, precisamente, una de las partes que concurriera a la celebración e interviniera en el cumplimiento o ejecución del mismo acto que se quiere invalidar. Es ir en contra de actos propios atacar de nulidad un contrato cuando, quien así lo pretende, lo ha considerado válido o eficaz por largo tiempo y, más aún, se ha beneficiado con su imperio. En efecto, no puede admitirse que se invoque la nulidad cuando el acto se torna incómodo o ha dejado de reportar los beneficios iniciales, como quiera-que es indudable-la convención sigue siendo la misma, Por otro lado, ha de recordarse que es imposible desvincular esta acción del juicio que le antecediera-relativo al cobro de diferencias de gratificación-proceso en que el actual requirente, Madeco S.A., jamás planteó, siquiera dudas, acerca de la validez de las mencionadas estipulaciones. Una elemental congruencia impide aceptar que aquel que con su conducta procesal contribuyera a que un determinado punto litigioso quedara resuelto, pueda-luego- hacer afirmaciones que contradigan esa decisión. De este modo, queda de manifiesto que un comportamiento incoherente como el destacado sólo acaba vulnerando la buena fe que debe imperar en el adecuado y recto uso de las acciones o derechos estatuidos por la ley, buena fe que es el fundamento esencial de la teoría de los actos propios, recogida por nuestro legislador en el precepto ya invocado..."[23].

La contradicción debe producirse, entonces, entre la conducta anterior vinculante y la posterior pretensión. Así, la contradicción importa la ejecución de una conducta que, objetivamente considerada, no importa tanto como tal sino que la imprecisión de la misma produce una determinada representación en los demás. Además, la contradicción no es la pretensión en sí sino el resultado perseguido: la decisión final del juez que con la pretensión se pide. De ahí, pues, que la pretensión puede ser contradictoria en el pedir o en la causa de pedir.

[22] Diez Picazo (2014) citado por Ekdahl (1989), pp. 72-73.

[23] Sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema de Justicia, rol Nº 286-1998, de 5 de noviembre de 1998, caratulada "Empresa de Manufacturas de Cobre S.A. con Sindicatos 1 y 2 de la Empresa Manufacturas de Cobre S.A."

*4.- Los sujetos*

La teoría que prohíbe ir en contra del acto propio requiere de la existencia de dos sujetos en la relación jurídica. El sujeto activo sería el titular de un derecho subjetivo que lo ejercita de determinada manera y con posterioridad y en el ejercicio de ese mismo derecho adopta una pretensión contraria con su conducta anterior. A su turno, el sujeto pasivo no es más que el destinatario de la pretensión y en consecuencia sujeto pasivo del derecho subjetivo que con al pretensión ha de ser ejercitado.

De lo anterior se sigue que, para la aplicación de la regla, resulta indispensable la identidad entre el sujeto de la conducta y el sujeto de la pretensión y que tanto la conducta como la pretensión sean realizadas por la misma persona o, bien, en el supuesto de haber sido realizadas por personas distintas deben ser imputables a una misma persona. Se observan dos situaciones: una persona haya ejecutado la conducta y posteriormente intentado una pretensión contraria o que tratándose de personas distintas la que tuvo un comportamiento y la que después pretendió, siendo los actos jurídicamente imputables a un solo sujeto.

Quien a través de sus actos crea una apariencia dentro de una relación jurídica, debe ser consecuente con dicha apariencia y, por lo tanto, el ordenamiento jurídico no puede desconocer el derecho legítimamente adquirido por el contratante de buena fe.

En fin, en una sentencia dictada en juicio arbitral de 28 de junio de 2002 por el arbitro arbitrador Raúl García Astaburuaga[24], a propósito de una demanda de cumplimiento forzado de contrato de publicidad por no habérsele pagado la remuneración mensual fija que originalmente se había pactado, ni haberse dado aviso de su intención de ponerle término al contrato, solicitando el pago de todas las sumas que se le adeudaban al actor, el árbitro resolvió que si durante el transcurso de la relación contractual que ha ligado a las partes, la remuneración establecida originalmente en el contrato experimenta diversas modificaciones, tanto en su monto como, lo que resulta más significativo, en su modalidad, pasando de un régimen de remuneración fija global a otro basado en el pago de *comisión de agencia* por cada gestión publicitaria realizada por la demandante y que tal modificación ha sido conocida y aceptada por la demandante, según resulta posible inferir de la emisión, por parte de ella, de la correspondiente factura frente a cada *comisión de agencia* percibida, como, asimismo, del hecho de no haber ella formulado reclamación alguna en relación con tal modalidad remunerativa, no obstante el prolongado lapso en que ella se ha aplicado, constituyendo la demanda de autos la primera y única objeción al respecto, la reclamación re-

[24] Rol Nº 279, disponible en www.camsantiago.cl

sulta de difícil conciliación con el comportamiento observado por la actora con antelación a su formulación, pues sabido es que nadie puede alegar un derecho antinómico con sus propios actos (*neno potest contra factum veniere*), ni contradecir sus actitudes precedentes que sean jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, asumiendo una conducta incompatible con las observadas anteriormente.

La Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol Nº 3602-2009 señaló que los requisitos de la doctrina de los actos propios son:

> i) "Una conducta jurídicamente relevante y eficaz por parte del sujeto, manifestada con anterioridad a aquella que, luego, pretende contradecir"; ii) "Una pretensión antagónica con el comportamiento precedente, exteriorizada mediante el ejercicio, por el mismo sujeto, de un derecho subjetivo, originándose con ello una situación litigiosa, debido a la contradicción de ambas conductas, con afectación del principio de la buena fe"; iii) "Perjuicio grave para terceros que han ajustado su proceder a la conducta anterior y que resultan afectados por el cambio posterior de ésta; y," iv) "Identidad ente el sujeto que desarrolló la conducta original y el que, con posterioridad, pretende desconocerla, desplegando un comportamiento en sentido contrario".

De ahí que, mediante la aplicación de la doctrina de los actos propios y los presupuestos antes citados, haya resuelto que si una persona vende a otra un inmueble en un precio determinado sin cuestionar el precio y tiempo después se la recompra a su mismo comprador en un precio similar, no puede demandar el primer vendedor y segundo comprador la nulidad del contrato por lesión enorme por cuanto esa actitud es contradictoria con la conducta adoptada en la oportunidad anterior, sin razones que justificaran su decisión[25].

## V. Conclusiones

1. Las partes contratantes pueden modificar aquello convenido originalmente en el contrato, ya sea mediante una voluntad expresa, o un comportamiento distinto a lo estipulado, aceptado por ambas partes o efectuado por una de ellas con aprobación de la otra, o sin protesta de esta última, todo lo cual debe ser respetado por los contratantes.
2. Si ambas partes actúan de una determinada manera, distinta a lo que reza el contrato o, bien, solo una de ellas lo hace de este modo, pero con la aprobación de la otra, se integrará al contrato la conducta pos-

[25] En el mismo sentido, véase fallo dictado por la Excma. Corte Suprema en causa rol Nº 5978-2010

terior que voluntariamente hayan desplegado las partes en virtud del principio de la buena fe.

3. En la interpretación de un contrato, habiendo discrepancia entre la voluntad declarada y la ejecución práctica realizada, deberá preferirse esta última para determinar cuál fue la intención de los contratantes al limitar su voluntad que se manifiesta claramente del modo en que ellas lo han entendido.
4. Sin perjuicio de que no existe una norma expresa que prohíba el ir en contra de los actos propios, de una relación armónica de las normas previstas en los artículos 1545, 1546 y 1564, todos del *Código Civil*, podemos concluir que nuestra jurisprudencia, acertadamente, ha aplicado la doctrina de los actos propios para negar valor jurídico a conductas contradictorias e incoherentes que vulneran la buena fe objetiva integrante del pacto válidamente suscrito.

## Bibliografía

Claro Solar, Luis (1921): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago, - ): Tomo xii.

Claro Solar, Luis (1937): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago, - ): Tomo xi.

Corral Talciani, Hernán (2006): "La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno. La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno", en Iñigo de la Maza (ed.), *Temas de contratos* (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado, U. Diego Portales).

Corral Talciani, Hernán (2010a): "La raíz histórica del adagio '*venire contra factum proprium non valet'*" en *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 18.

Corral Talciani, Hernán (2010b): "La doctrina de los actos propios en el Derecho de Familia Chileno, *Venire contra factum proprium*. *Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, en *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de Los Andes*, N° 18.

Diez Picazo, Luis (2014): *La doctrina de los actos propios. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Santiago, Aranzadi).

Diez- Picazzo, Luis (2007): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato* (6ª ed., Santiago, Cizur Menor, Thomson Civitas)

Ducci Claro, Carlos (1977): *Interpretación Jurídica en general y en la dogmática chilena* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Ekdahl Escobar, María Fernanda (1989): *La doctrina de los actos propios* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Enneccerus, Ludwig y Hans Karl Nipperdey, (1981): *Tratado de Derecho Civil Alemán, Parte General*, t. 1, vol. ii.

López Santa María, Jorge (2005): *Los Contratos, Parte General* (Cuarta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo i.

López Santa María, Jorge (2005): *Los Contratos, Parte General* (Cuarta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo ii.

Rodríguez Grez, Pablo (2008): "Pacta Sunt Servanda", en *Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, Nº 18: pp. 107-187.

Rosende Álvarez, Hugo (1986): "Algunas Consideraciones sobre la Interpretación del Contrato", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N°3 Tomo lxxxiii: pp. 97-122.

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